Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichtes auf Leistungen der Sozialversicherung

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der Juristischen Fakultät der Universität
Freiburg in der Schweiz

von

MAX LEIPPERT, lic. iur.
von Eggenwil AG, in Adliswil ZH

Genehmigt von der Juristischen Fakultät am 12. März 1953
auf Antrag von Herrn Prof. Dr. E. Isele (erster Referent)
und von Herrn Prof. Dr. W. Oswald (zweiter Referent)

Juris-Verlag, Zürich
1953

Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte mit besonderer Berücksichtigung des Verzichtes auf Leistungen der Sozialversicherung

DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte,
vorgelegt der Juristischen Fakultät der Universität
Freiburg in der Schweiz

von

MAX LEIPPERT, lic. iur.
von Eggenwil AG, in Adliswil ZH

Genehmigt von der Juristischen Fakultät am 12. März 1953
auf Antrag von Herrn Prof. Dr. E. Isele (erster Referent)
und von Herrn Prof. Dr. W. Oswald (zweiter Referent)

Juris-Verlag, Zürich
1953

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die Juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluss vom 1. Juli 1916).

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1. *Ziel und Umfang der Arbeit* 13

Allgemeiner Teil

DIE SUBJEKTIVEN OEFFENTLICHEN RECHTE
UND DIE
RECHTE AUF LEISTUNGEN DER SOZIALVERSICHERUNG

Vorbemerkung 14

§ 2. *Wesen und Eigenart der subjektiven öffentlichen Rechte* 15

I. Geschichtliches 15
II. Theorien 16
III. Das Rechtsverhältnis des subjektiven öffentlichen Rechts 20
1. Allgemeines 20
2. Struktur und Wesen des öffentlichen Rechtsverhältnisses . . . 22
a) Status 23
b) Das subjektive öffentliche Recht 26
c) Der öffentlich-rechtliche Anspruch 28
3. Abgrenzung zu verwandten Begriffen 30
a) Grundrechte 30
b) Reflexrechte 31
c) Rechtlich geschütztes Interesse 33

§ 3. *Die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung* 34

I. Allgemeines 34
II. Struktur und Wesen des Versicherungsverhältnisses 35
1. Versichertenstatus 35
a) Der Status in der obligatorischen Unfallversicherung 36
b) Der Status in der Militärversicherung 38
c) Der Status in der Alters- und Hinterlassenenversicherung . . 39
2. Die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung 41
a) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der obligatorischen Unfallversicherung 43
b) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der Militärversicherung 48
c) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der Alters- und Hinterlassenenversicherung 52
3. Der Versichertenanspruch 59

BESONDERER TEIL

DIE VERZICHTSLEHRE

Vorbemerkung 62

§ 4. *Der Verzicht im Privatrecht* 63

I. Der Verzichtsbegriff 63
II. Form des Verzichts 67
III. Die Verzichtbarkeit von subjektiven privaten Rechten 68

§ 5. *Der Verzicht im öffentlichen Recht* 73

I. Allgemeines 73
II. Der Verzichtsbegriff des öffentlichen Rechts 73
III. Form des Verzichts 76
IV. Die Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten 77
1. Allgemeines 77
2. Der Verzicht auf den Status 83
3. Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte 86
4. Der Verzicht auf öffentlich-rechtliche Ansprüche 89

§ 6. *Der Verzicht im Sozialversicherungsrecht* 94

I. Einleitung 94
II. Der Verzicht auf den Versichertenstatus 94
III. Die Verzichtbarkeit von sujektiven öffentlichen Rechten auf Leistungen der Sozialversicherung 95
1. In der obligatorischen Unfallversicherung 96
2. In der Militärversicherung 99
3. In der Alters- und Hinterlassenenversicherung 100
IV. Der Verzicht auf die Versichertenansprüche 101

§ 7. *Der Verzicht in der Gerichtspraxis* 106

I. Form des Verzichts 107
1. Weigerung zur ärztlichen Untersuchung 107
2. Nichtanmeldung 109
3. Widerspruchslose Entgegennahme von Versicherungsleistungen während längerer Zeit 111
4. Verzicht auf Berufung 112
5. Verzicht durch Vergleich 114
II. Gegenstand des Verzichts 115
1. Der Verzicht auf unbestimmte zukünftige Leistungen 115
2. Der Verzicht auf gegenwärtige Leistungen 117
3. Der Verzicht auf zurückliegende Leistungen 118

ABKÜRZUNGEN

AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. 12. 1946
a. M.	anderer Meinung
AS	Amtliche Sammlung der Entscheide des Eidg. Versicherungsgerichts
AS, n. F.	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, neue Folge
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetz für das Deutsche Reich vom 18. 8. 1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid (zit.: Band, Teil, Seitenzahl)
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
BV	Bundesverfassung
BVer	Bundesversammlung
BZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
Diss.	Dissertation
EVG	Eidg. Versicherungsgericht
gl. M.	gleicher Meinung
IS	Interne Sammlung der Urteile des Eidg. Versicherungsgerichtes
JZ	Schweizerische Juristenzeitung
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. 6. 1911
MVG	Bundesgesetz betr. Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall vom 20. 9. 1949 (aMVG = das alte Bundesgesetz vom 28. 6. 1901, bzw. 23. 12. 14)
MV	Militärversicherung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. 3. 1911
SUVA (L)	Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt in Luzern
VO	Verordnung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
ZPO	Zivilprozessordnung

QUELLENANGABEN

1. *Gesetzessammlungen*

Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848—1947.
Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (für das Deutsche Reich), mit den Gesetzen zur Einführung und Ergänzung, 2. A., Verlag Kohlhammer, Stuttgart 1948.

2. *Publikationen der Bundesbehörden*

Schweizerisches Bundesblatt (mit eidg. Gesetzessammlung), zit. nach Jahrgang, Band und Seitenzahl.

Botschaft des BR an die BVer zu dem Entwurf eines BG betr. die Kranken- und Unfallversicherung vom 10. 12. 1906, BBl 1906, VI, S. 229 u. ff.

Botschaft des BR an die BVer betr. Erlass eines BG über die Militärversicherung vom 22. 9. 1947, BBl 1947, III, S. 97 u. ff.

Botschaft des BR an die BVer zum Entwurf eines BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 24. 5. 1946, BBl, No. 13, 1946, S. 365 u. ff.; Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für die Einführung der AHV vom 16. 3. 1945.

3. *Rechtssprechung des Schweizerischen Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung, zit. BGE, Lausanne.

Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichts, amtliche Sammlung, zit. AS; Interne Sammlung nicht veröffentlichter Entscheide, zit. IS., Verlag Huber Bern, seit 1927, vorher Zeitschrift für Unfallkunde, 1918—1927.

LITERATURVERZEICHNIS

Althaus H. A.: Ueber die Haftung im Militärversicherungsrecht, Diss. Bern 1943.

Arnold Ed.: Der Versicherungsanspruch nach schweizerischem Militärversicherungsrecht, Diss. Bern 1921.

Berthélemy H.: Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1933.

Binswanger P.: Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1949.

Bühler O.: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte, Festgabe für Fleiner, Tübingen 1927.

Burckhardt W.:	Organisation der Rechtsgemeinschaft, Zürich 1927, 2. A. 1947. Methode und System des Rechts, Zürich 1936. Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939.
Duguit L.:	Traité de droit constitutionnel, Paris 1927.
Du Pasquier Cl.:	Militärversicherung in «Schweizerische Juristische Karthothek», Genf, zit.: SJK.
Dürr K.:	Die obligatorische Unfallversicherung; Gerichts- und Verwaltungspraxis zu Art. 60—100 des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. 6. 1911, Zürich 1941. Militärversicherungskommentar, Bern 1942. Kommentar zum KUVG; Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung mit Nebenerlassen, Gerichts- und Verwaltungspraxis u. m. der Praxis z. Verfahren vor dem Eidg. Versicherungsgericht, 2. A., Bern 1945.
Ernst H.:	Entstehen und Erlöschen des Versicherungsverhältnisses in der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, Diss. Zürich 1933.
Fleiner Fr.:	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923; 2. A. von Z. Giacometti/Fr. Fleiner, Zürich 1949. Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Zürich 1928.
Fleischmann M.:	Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Tübingen 1914.
Gareis K.:	Allgemeines Staatsrecht, Freiburg i. Br. 1883.
Gerber C. F. von:	Ueber öffentliche Rechte, Tübingen 1852. Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts, 2. A., Leipzig 1869.
Giacometti Z.:	Ueber die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichts, Tübingen 1924. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1933. Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
Giorgio u. Nabholz:	Die schweizerische obligatorische Unfallversicherung, Zürich 1918.
Graven J.:	Unfallversicherung in «Schweizerische Juristische Karthothek», Genf, zit.: SJK.
Guhl Th.:	Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. A. 1944, Zürich.
Haenel A.:	Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1892.
Hatschek J.:	Deutsches und Preussisches Staatsrecht, Berlin 1922/1923 (2 Bde).
Hauriou M.:	Précis de Droit administratif, 6 éd., Paris 1907.
Herrnritt R. H.:	Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.
Holliger:	Kriterium des Gegensatzes zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Diss. Zürich 1904.
Ihering R.:	Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. T., Leipzig 1865.

Jacobi E.: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Jahn Br.: Die Entstehung von Versicherungsverhältnissen im schweizerischem Recht, Zürich. Beiträge zur Rechtswissenschaft, NF, Heft 93, 1942.

Jellinek G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. A., Tübingen 1919.
Gesetz und Verordnung, Tübingen 1919.
Allgemeine Staatslehre, 3. A., 5. Neudruck, Berlin 1929.

Jellinek W.: Verwaltungsrecht, Berlin 1928 (Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch und Kaskel, XXV.), 3. A. 1931.

Jèze G.: Les Principes généraux du Droit administratif, Paris 1904.
Das Verwaltungsrecht der Französischen Republik, 1913 (Das öffentliche Recht der Gegenwart, XXIII).

Kaskel W. u. Sitzler: Grundriss des sozialen Versicherungsrechts, Berlin 1912.

Kelsen H.: Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien 1934.

Kistler H.: Rechtsfragen aus dem Gebiet der Militärversicherung, Basel 1942 (Zeitschrift f. schweizerisches Recht, NF. Bd. 61, 2).

Kormann K.: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.

Laband P.: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bde., Tübingen 1911 bis 1914.

Lauber W.: Praxis des sozialen Unfallversicherungsrechts der Schweiz, Bern 1928.

Layer M.: Prinzipien des Enteignungsrechts, Leipzig 1902.

Loening E.: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.

Manes A.: Allgemeine Versicherungslehre, 3 Bde. Leipzig und Berlin 1930.
Versicherungslexikon, Tübingen 1909—1913.

Mayer O.: Deutsches Verwaltungsrecht, 1. A., München und Leipzig 1895/1896, 2. A. 1914/17, 3. A. 1924.
Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strassburg 1886.

Meissels E. L.: «Zur Lehre vom Verzicht» in der Zeitschrift f. d. private und öffentliche Recht von Grünhut, 18. Bd.

Merkel Ad.: Juristische Encyklopädie, Berlin und Leipzig 1922.

Meyer G.: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, 5. A., Leipzig 1899.
Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 4. A., München und Leipzig 1913—1915.

Naef E.: Das Versicherungsverhältnis in der Sozialversicherung. Seine rechtliche Natur und sein Verhältnis zum Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1944.

Nawiasky H.: Allgemeine Staatslehre, Einsiedeln, Köln 1945.
Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln, Köln, 2. A., 1948.

Oberholzer E.: Führer durch das Militärversicherungsrecht, Bern 1917 (Luzern 1943—45).

Oberst Fr.: Die obligatorische Unfallversicherung, Zürich 1919.

Piccard P.:	Haftpflichtpraxis und soziale Unfallversicherung, Zürich 1917.
Piloty R.:	Das Reichsunfallversicherungsrecht, 3 Bde, 1890—1893, Würzburg.
Radnitzky E.:	Dispositives und mittelbar geltendes Recht (Arch. f. öffentliches Recht, Bd. 21). Parteiwillkür im öffentlichen Recht, Wien 1888.
Richter L.:	Sozialversicherungsrecht, Berlin 1931.
Rosin H.:	Das Recht der Invaliden- und Altersversicherung, Berlin 1905. Das Recht der Arbeiterversicherung, 2. Bd., Berlin 1905.
Ruck E.:	Schweizerisches Staatsrecht, 2. A., Zürich 1939. Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1. Bd., allgemeiner Teil, 3. A., Zürich 1951.
Savigny Fr. C. von:	System des heutigen römischen Rechts, I. Bd., Berlin 1840.
Schatz B.:	Kommentar zur Eidg. Militärversicherung, Zürich 1952.
Schoenborn W.:	Studien zur Lehre vom Verzicht im öffentlichen Recht, Tübingen 1908.
Senn H.:	Rechtliche Natur des Pensions-Anspruches der Bundesbeamten, Angestellten und Arbeiter, Diss. Zürich 1930.
Seydel M. von:	Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Freiburg i. Br. 1873.
Silberroth M.:	Warum befriedigt die Praxis der Militärversicherung nicht? Zürich 1943.
Sohm R.:	Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts, 11. Tausend der 17. A. Bearbeitet von Lud. Mitteis, München und Leipzig 1931.
Stelzig R.:	Die Rechtsnatur der Sozialversicherung, Weimar 1933.
SUVA:	Der Führer durch die obligatorische Unfallversicherung, 1942, zit.: Führer.
Thon A.:	Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
v. Tuhr A.:	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tübingen 1924/25.
Tuor P.:	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 4. A., Zürich 1940.
Waser O.:	Die schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, Diss. Zürich 1920.
Weddinger W.:	Grundfragen der Sozialversicherungsreform, Jena 1931.

ZEITSCHRIFTEN UND SAMMLUNGEN

Archiv des öffentlichen Rechts, begründet von Laband und Stoerk, seit 1885, zit.: Arch. f. öff. R.

Blätter für zürcherische Rechtssprechung, zit.: BZR.

Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, seit 1912, Basel, zit.: Pr.

Schweizerische Juristenzeitung, Zürch, zit.: JZ.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern, zit.: ZBJV.

VORWORT

Die ersten Zeilen seien jenen Herren gewidmet, die den Verfasser mit Rat und Tat unterstützt haben.

Ein erstes Dankeswort gilt meinem geschätzten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Eugen Isele, Freiburg. Von ihm erhielt ich wertvolle Anregungen und Hinweise bei der Ausarbeitung dieses Themas.

In zweiter Linie gedenke ich in Dankbarkeit der Herren Bundesrichter Dres. Lauber, Pedrini und Mona. In zuvorkommendster Weise hatten sie mir die Bibliothek sowie die interne Sammlung der Urteile des EVG zur Verfügung gestellt. Sie opferten ihre Zeit, um mir mit Ratschlägen den Weg zu weisen.

Ich danke auch den Herren vom Rechtsbureau der SUVAL, die mir einen Einblick in die Praxis der obligatorischen Unfallversicherung gewährt haben.

Ohne die Mithilfe dieser Herren wäre es nicht möglich gewesen, eine geschlossene Darstellung und Uebersicht der Verzichtslehre im Sozialversicherungsrecht zu erhalten.

Es war für mich tröstlich, des Verständnisses und Interesses von erfahrenen und anerkannten Fachjuristen sicher zu sein und ihre aus reicher Erfahrung geschöpften Ratschläge entgegennehmen zu dürfen; dies um so mehr, als sich die Vorarbeiten infolge der vielgestaltigen Probleme sowie meiner beruflichen Innanspruchnahme in die Länge zogen. Die vorgenannten Herren haben darum am Zustandekommen der vorliegenden Arbeit ein wesentliches Verdienst.

Dafür sage ich ihnen allen von Herzen Dank.

Adliswil, den 7. September 1952

Der Verfasser

§ 1. Ziel und Umfang der Arbeit

Im Rechtsleben stellt sich tagtäglich die Frage, ob auf subjektive öffentliche Rechte verzichtet werden kann. Vor dieses Problem sieht sich der Staat und der Bürger gestellt. Kann beispielweise der Staatsanwalt als Vertreter des Staates auf die Geltendmachung eines staatlichen Strafanspruches, der Steuerbeamte auf die Eintreibung der gesetzlich geschuldeten Steuern oder etwa ein im Militärdienst verunfallter Wehrmann auf Leistungen der Militärversicherung verzichten?

Anlass zur Bearbeitung dieses Problems gab die Tatsache, dass die diesbezügliche Gerichtspraxis auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts schwankend und uneinheitlich ist. Es ist nicht zufällig, dass das EVG diese Arbeit angeregt hat.

Sie gibt uns auf, die Frage der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten und im besonderen von den Rechten auf Leistungen der Sozialversicherung zu untersuchen.

Die Fragestellung begrenzt unsere Aufgabe nach zwei Richtungen hin: Einmal sind die subjektiven öffentlichen Rechte im allgemeinen nur soweit zu untersuchen, als dies die Beantwortung der gestellten Frage erfordert. Sodann müssen wir uns auf die Betrachtung der subjektiven öffentlichen Rechte von Privatpersonen unter Ausschluss derjenigen des Staates beschränken.

Methodisch beginnen wir mit der Darstellung des Wesens und der Eigenart der subjektiven öffentlichen Rechte, um dann die Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung eingehender darzulegen. Auf dieser Ausgangsbasis soll die Verzichtslehre im Privatrecht und öffentlichen Recht aufgezeigt und daraus die Verzichtsgrundsätze hinsichtlich der Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung abgeleitet werden.

Allgemeiner Teil

DIE SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTE UND DIE RECHTE AUF LEISTUNGEN DER SOZIALVERSICHERUNG

Vorbemerkung

Die Fragestellung dieser Arbeit hätte es u. U. gestattet, das Verzichtsproblem allein zu behandeln, ohne jenes der subjektiven öffentlichen Rechte und der Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen.

Bei fortschreitender Untersuchung kamen wir jedoch zur Auffassung, dass die Unsicherheit in der Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit des Verzichts auf diese Rechte hauptsächlich darauf zurückzuführen ist, weil das Wesen der Rechte gegen die Sozialversicherung und ihre innere Verwandtschaft mit den subjektiven öffentlichen Rechten im allgemeinen vielfach nicht genügend beachtet wird. Es erwies sich daher als unumgänglich, der eigentlichen Aufgabe einen allgemeinen Teil über die subjektiven öffentlichen Rechte und die Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung vorauszuschicken.

Dieser Betrachtung mussten jedoch Grenzen gesetzt werden:

1. Das subjektive öffentliche Recht weist auf den Dualismus im Recht hin. Auf die diesbezügliche wissenschaftliche Kontroverse kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden. Dagegen wird eine Umschreibung des Begriffes des öffentlichen Rechts vorzunehmen sein, da dieser für die Beantwortung der Verzichtsfrage u. E. unerlässlich ist.

2. Die geschichtliche Entwicklung und das Wesen der Sozialversicherung kann ebenfalls nicht Gegenstand unserer Abhandlung sein. Wir beschränken uns in dieser Hinsicht auf die begriffliche Erfassung des Sozialversicherungsrechts, woraus immerhin Ziel und Zweck der Sozialversicherung und ihr Standort in unserem Rechtssystem ersichtlich sind.

§ 2. Wesen und Eigenart der subjektiven öffentlichen Rechte

I. GESCHICHTLICHES

Die wissenschaftliche Erforschung der subjektiven öffentlichen Rechte trat erst spät in das wissenschaftliche Bewusstein [1]. Der Grund für diese späte Erkenntnis ist historisch bedingt. Im Mittelalter waren alle Rechtsverhältnisse, ob zwischen den Untertanen unter sich oder Untertanen und Landesherren, privatrechtlich konstruiert und geregelt. Der Untertan wie auch der Landesherr konnten auf Grund eines privaten Rechtstitels, etwa in der Form eines wohlerworbenen Rechts, einer Reichserlaubnis, eines Vertrages o. ä., ihre Ansprüche geltend machen und durchsetzen. Sie waren durch privatrechtliche Schranken gebunden und es bestand daher kein Bedürfnis nach besonders gearteten Rechten gegenüber den Trägern der öffentlichen Ordnung.

Mit der Loslösung der positiven Rechtsordnung vom Naturrecht und der Erstarkung der Staatsgewalt in der Zeit der Absolutismus im 17. und 18. Jahrhundert wurden die Grenzen zwischen Untertan und Obrigkeit grundlegend verändert. Das Gewicht verlegte sich zugunsten des sich zum modernen Staat entwickelnden Gemeinwesens. Dieses enthob sich der privatrechtlichen Bindungen und warf sich zum absoluten Herrscher der öffentlichen Angelegenheiten auf. Der Staat wurde zum selbstherrlichen Machtsubjekt, der Untertan anderseits sank zum reinen Objekt seiner Wohlfahrtspolitik herab, der sich mit seinen Privatrechtstiteln, so gut es ging, zu wehren suchte [2].

Die Aera der Entwicklung des subjektiven öffentlichen Rechts und damit des modernen Rechtsstaates nahm in den kontinentalen Rechtsordnungen mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in der französischen Revolution vom Jahre 1789 ihren Anfang. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass schon früher, nämlich im Jahre 1776, die nordameri-

---

[1] So Jellinek, System, Einleitung S. 1 u. ff.

[2] Wir erinnern in diesem Zusammenhang an die berühmte Fiskustheorie, die in der damaligen Zeit entwickelt wurde und bei uns heute noch nachwirkt.

kanischen Staaten die allgemeinen Menschen- und Bürgerrechte unter Berufung auf das Naturrecht anerkannt haben [3].

Dieselben wurden in der Folge in allen neu entstehenden Verfassungen, welche den Grundstein zum öffentlichen Recht bilden, verankert. Mit der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte in den einzelnen Staatsverfassungen war der Boden zur juristischen Bearbeitung des Problems gelegt [4].

II. THEORIEN

Zur Erfassung des Wesens der subjektiven öffentlichen Rechte wurden verschiedene Theorien aufgestellt, welche sich im Grunde genommen [5] auf die als bekannt vorausgesetzten Grundansichten über die Scheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zurückführen lassen [6].

Eine eingehende Behandlung widmet Bühler den subjektiven öffentlichen Rechten [7]. Er definiert das subjektive öffentliche Recht als ein Verhältnis zwischen dem einzelnen und dem Staat oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Korporation, bei dem der einzelne von diesem als Träger obrigkeitlicher Gewalt etwas verlangen kann. Als wesentliche Elemente für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts stellt Bühler folgendes auf:

1. Der Rechtssatz, auf den sich ein subjektives öffentliches Recht berufe, müsse zwingenden Charakter tragen und somit das freie Ermessen der Verwaltung ausschliessen;
2. Der Rechtssatz müsse zugunsten bestimmter Personen oder Personenkreise zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen sein;

---

[3] Hatschek, S. 170: «Schon die amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776, redigiert von Jefferson, enthält die charakteristischen Worte:
„Wir halten es als feststehende Wahrheiten, die aus sich selbst heraus Beweis wirken, dass alle Menschen als gleiche geboren und vom Schöpfer mit gewissen unveränderlichen Menschenrechten ausgestattet sind, unter denen das Leben, die Freiheit, das Suchen seines persönlichen Wohlbefindens, zu nennen sind ... Die Regierungen sind eingerichtet unter den Menschen, um ihnen diese Rechte zu sichern" .....»

[4] Eine erste Abhandlung über dieses Problem veröffentlichte C. von Gerber: Ueber öffentliche Rechte, 1852.

[5] Dies deshalb, weil das Wesen der subjektiven öffentlichen Rechte in engstem Zusammenhang mit demjenigen des öffentlichen Rechts selbst steht.

[6] Es sind dies die Subjektionstheorie, vertreten v. Loening, S. 8 u. ff., O. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 106 u. ff., G. Meyer, Staatsrecht, S. 30 u. ff., G. Jellinek, System, S. 54 u. ff., die Interessentheorie, vertreten von Savigny, S. 22 u. ff., Gareis, S. 7, Layer, S. 210 u. ff., G. Jellinek, S. 57 u. ff., Merkel §§ 84, 85, 92 und 93, die Reine Rechtslehre von Kelsen, S. 110, u. a.

[7] O. Bühler, S. 14 u. ff.

3. Der betreffende Rechtssatz müsse mit der Wirkung erlassen sein, dass man sich auf ihn berufen, mittels desselben ein bestimmtes Verhalten der Verwaltungsbehörden herbeiführen könne. Hingegen sei die Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit kein Wesensmerkmal des subjektiven öffentlichen Rechts.

Nach Herrnritt[8] wird unter einem subjektiven öffentlichen Recht eine Berechtigung, d. h. Einräumung einer Gewalt von seiten der Rechtsordnung verstanden, welche dem Staate oder einem öffentlichen Verbande im Staate als solchem oder welche dem einzelnen vermöge seiner Mitgliedschaft innerhalb eines derartigen Verbandes zustehe. Als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den allgemeinen Ansprüchen gegen den Staat oder die öffentlichen Verbände, welche nur als Reflex eines objektiven Rechtssatzes bezeichnet werden können[9], betrachtet er das Vorliegen eines die Befugnis begründenden Rechtssatzes. Dieser begründe dann ein subjektives öffentliches Recht, wenn die durch ihn eingeräumte Befugnis nach Form und Inhalt bezüglich ihrer Träger als auch bezüglich ihres Gegenstandes soweit konkretisiert sei, dass sie in einer über den blossen allgemeinen Ordnungsschutz hinausgehenden Weise geltend gemacht werden könne.

G. Jellinek unterscheidet die menschlichen Handlungen in rechtlich relevante und rechtlich irrelevante[10]. Die rechtlich relevanten, von der Rechtsordnung gestatteten Handlungen bildeten in ihrer Gesamtheit das rechtliche D ü r f e n. Alle jene Bestimmungen jedoch, welche die Gültigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften betreffen, statuierten ein von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes K ö n n e n. Das Können stehe nun in einem scharfen Gegensatz zum Dürfen, indem eine Handlung, die einem Nichtdürfen widerspreche, rechtlich relevant sei, während eine solche, die einem Nichtkönnen widerspreche, rechtlich irrelevant, im Rechtssinne nicht vorhanden sei. Daraus zieht Jellinek die Folgerung:

> «Dürfen und Können, Erlauben und Gewähren, stehen nämlich in dem Verhältnis zueinander, dass Erlauben und Dürfen sich unmittelbar beziehen auf Verhältnisse des einen zum andern, Gewähren und Können unmittelbar auf Verhältnisse zwischen einem rechtsschöpfenden Ganzen und den ihm Eingegliederten, also in erster Linie zwischen Staat und Individuum. Gedurft wird dem Nebengeordneten, gekonnt dem Staat gegenüber.»

Das subjektive Recht des einzelnen, das Jellinek als die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete Willensmacht definiert, besteht nach ihm auf dem Gebiet des öffentlichen

[8] Herrnritt, S. 71 u. ff.
[9] Siehe S. 31 u. ff.
[10] Jellinek, System, S. 44 u. ff.

Rechts ausschliesslich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen. Diese Fähigkeit müsse vom Staat verliehen werden mittels eines Rechtssatzes, d. h. dass durch den Staat die Rechtssphäre des einzelnen durch Zuerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts erweitert werde. Darum auch nennt er die solche Rechte begründenden Rechtssätze machtverleihende. Das rechtliche Können sei darnach identisch mit der Rechtsfähigkeit. Die Gesamtheit des Könnens stelle darnach die Persönlichkeit dar, weshalb alles subjektive öffentliche Recht des Subjekts auf Qualifikationen der Persönlichkeit beruhe. Das subjektive öffentliche Recht bestehe daher seiner formellen Seite nach in Ansprüchen, welche sich aus konkreten Qualifikationen der Persönlichkeit ergäben.

Das materielle Kriterium für die Erkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts ist nach ihm in den Motiven des Interesses zu suchen, nicht in der Natur des Interesses, denn individuelles Recht müsse individuelles Interesse zum Inhalt haben. Ueberwiegend im Gemeininteresse werde aber dem einzelnen ein Interesse zugebilligt, nicht als isolierte Persönlichkeit, sondern als Glied des Gemeinwesens. Demnach sei ein subjektives öffentliches Recht seiner materiellen Seite nach ein solches, welches dem einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staat zustehe.

Nawiasky[11] bejaht das Vorliegen eines subjektiven Rechts dann, wenn die aktive Mitwirkung des Individuums in den Tatbestand der Rechtsnorm eingeschaltet ist. Wesentlich sei, dass die Rechtsschutznorm von einem Antrag abhängig gemacht werde, dass er als Bedingung in sie aufgenommen sei. Dadurch werde das Zwangsmoment vom Willen des Individuums abhängig, die Rechtsnorm wirke somit nicht nur zu seinen Gunsten, sondern stehe auch zu seiner Verfügung. So werde sie seine Rechtsnorm, sein Recht. Im Gegensatz zum objektiven Recht spreche man daher vom subjektiven Recht (Berechtigung, Rechtsanspruch). Das subjektive Recht sei daher eine Rechtsnorm, deren Schutz von einem Individualwillen abhänge. Es bedeute daher schlussendlich Macht über den Staat, Unterordnung des Staatswillens unter den Einzelwillen.

Nicht entscheidend sei für ein subjektives Recht, dass der Berechtigte die Leistung fordern dürfe, sondern, dass er sie erzwingen könne. Es sei darum nicht richtig, das Wesen des subjektiven Rechts in einer materiellen Dispositionsbefugnis über die Leistung des Verpflichteten erblicken zu

[11] Nawiaksy, Rechtslehre, S. 91, 125, 215, 220 und 234.

wollen[12]. Unübertragbare oder unverzichtbare Rechte seien gleichwohl subjektive Rechte, da es sich in jedem Fall ja nur um die rechtliche Zuständigkeit, durch eigene Akte das Ende einer Berechtigung herbeizuführen, handle. Es sei also möglich, das diese dem subjektiven Recht wesentliche Dispositionen über die Sanktionen mit der Disposition über die Substanz des Rechts verwechselt worden sei.

Darnach wäre das subjektive Recht nichts anderes als eine besonders qualifizierte Rechtsnorm; die Qualifikation bestände in der Einschaltung des Willens des Berechtigten als Bedingung für die Rechtsschutztätigkeit der staatlichen Organe[13].

Ein Gegner der Anerkennung von subjektiven öffentlichen Rechte ist Burckhardt[14]. Nach ihm besteht das Kriterium des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht in der Privatwillkür. Die Fähigkeit, Rechte aus eigenem Entschluss zu setzen, sei nicht nur die Eigenart des Privatrechts, es mache auch die Eigenart des subjektiven Rechts und des Rechtssubjekts aus. Ein subjektives Recht sei die konkrete Verwirklichung eines abstrakten Rechtssatzes, aber es sei nicht nur der besondere Anwendungsfall eines allgemeinen Grundsatzes, sondern auch die zufällige Verwirklichung eines Rechtsverhältnisses, zufällig nämlich im Verhältnis zum objektiven Recht. Diese Verbindung der Berechtigung mit der Willkür des einzelnen sei das zweite Merkmal des subjektiven Rechts. Im öffentlichen Recht sei jedoch kein Platz für die Willkür. Darum solle man richtigerweise im öffentlichen Recht nicht von subjektiven Rechten, weder von Rechten des einzelnen gegenüber dem Staat, noch von Rechten des Staates gegenüber dem einzelnen sprechen.

Aus z. T. anderen Ueberlegungen gelangt Giacometti zur Ablehnung der subjektiven öffentlichen Rechte[15]. Das subjektive öffentliche Recht stehe eigentlich nur in einem graduellen Gegensatz zum objektiven Recht und stelle somit lediglich eine besondere Art des letzteren dar. Denn die subjektiven öffentlichen Rechte könnten wohl kaum als echte subjektive Rechte im Sinne des Privatrechts aufgefasst werden. Ihre Träger hätten nämlich, im Gegensatz zu den Trägern von Privatrechten, nicht die Verfügung über dieselben. Der der rechtlich befugten Person gegenüberstehende Staat könne sich im Gegensatz zu den privatrechtlich verpflich-

[12] So W. Burckhardt, Organisation, S. 71.
[13] Nawiasky, S. 138.
[14] W. Burckhardt, Organisation, S.69 u. ff.
[15] Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 60 u. ff.

teten Personen seiner Pflichten einseitig entledigen durch Aufhebung dieser Rechte[16].

Die jüngste Rechtsgeschichte hat gezeigt, wohin eine solche Rechtsauffassung führen kann[17]. Damit aber offenbart sich die Wichtigkeit der Anerkennung von subjektiven öffentlichen Rechten.

III. DAS RECHTSVERHÄLTNIS DES SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTS

1. Allgemeines

Ueber das Bestehen oder Nichtbestehen von subjektiven öffentlichen Rechten entscheidet positivrechtlich[18] die jeweilige Rechtsordnung, bzw. Gesetzgebung. Da aber der Gesetzgeber die aus dem öffentlichen Recht entspringenden Ansprüche nicht als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet, hat die Wissenschaft auf Grund der sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergebenden Kriterien zu prüfen, ob es sich gegebenenfalls um solche handelt.

Das subjektive Recht stellt sich zum Unterschied vom objektiven Recht ganz allgemein gesprochen als ein rechtlich geschütztes Interesse dar, das dem Individuum auf Grund objektiven Rechts oder eines Rechtsgeschäfts zukommt[19]. Der Ausdruck Recht grenzt damit den Begriff

---

[16] Ders., Staatsrecht, S. 153, 183 und 208, wo die subjektiven öffentlichen Rechte deshalb abgelehnt werden, weil der Staat kein positives Rechtssubjekt sei; vgl. in diesem Zusammenhang Kelsen, S. 110, der das subjektive öffentliche Recht auch nur als Reflex von Sätzen des öffentlichen Rechts auffasst.

[17] Giacometti scheint das in seiner Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 61, gefühlt zu haben: «Allein vom Standpunkt einer Naturrechtsordnung aus können die verfassungsmässigen Rechte als echte subjektive Rechte begriffen werden. So sind denn auch historisch betrachtet die Freiheitsrechte als Produkt einer naturrechtlichen Ideologie ursprünglich als angeborene, also vor dem Staate existente und daher vom Staate in der Gewährleistung der Verfassungen lediglich als anerkannte, nicht als verliehene Rechte aufgefasst worden. — Mit der allmählichen Ueberwindung des Naturrechtes durch den Positivismus im Sinne der Annahme einer Omnipotenz des höchststufigen staatlichen Normensetzers ist dann diese Vorstellung allmählich verloren gegangen und damit in gewissem Sinn auch der Liberalismus überwunden worden.»

[18] Unter Vorbehalt der naturrechtlichen Auffassung, welcher aber im Verlaufe unserer weiteren Untersuchungen keine besondere Bedeutung zukommt.

[19] Vgl. Ihering, S. 317 u. ff.; Jellinek, System, S. 44, schreibt: «Nur wenn ein individueller Wille als massgebend für das Dasein und den Umfang des Interesses anerkannt wird, verwandelt sich dieses in ein subjektives Recht.» Der Wille des Individuums ist also mitbestimmend.

gegen solche Ansprüche ab, welche rechtlich irrelevant oder nicht klagbar sind. Die Umschreibung als subjektives Recht besagt, dass diese Rechte einzelnen Subjekten, seien es natürliche oder juristische Personen, und nicht nur der Allgemeinheit zustehen. Die nähere Bezeichnung als subjektives öffentliches Recht weist auf das Gegenstück des subjektiven privaten Rechts und damit gleichzeitig auf die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht überhaupt hin.

Allen zu diesem Zweck aufgestellten Theorien[20] ist ein Gedanke gemeinsam, nämlich der, dass die öffentlichen Rechtsverhältnisse in jedem Fall zur Entstehung und Durchführung kommen müssen — sei es, weil das eine Subjekt des Rechtsverhältnisses öffentliche Gewalt besitzt oder weil die Normierung im öffentlichen Interesse erfolgt ist —, die Entstehung oder Regelung der privaten Rechtsverhältnisse hingegen dem freien Willen der Individuen, bzw. der freien Uebereinkunft zweier oder mehrerer Rechtssubjekte, überlassen bleiben. Es wird allgemein angenommen, dass das öffentliche Recht die auf ihm fussenden Rechtsverhältnisse ipso iure zur Entstehung bringt und abschliessend regelt, das Privatrecht dagegen den freien Willen der Individuen in dem Sinne voraussetzt, als es auf alle jene Rechtsverhältnisse anwendbar ist, welche von ihnen im Wege freier Vereinbarung ins Leben gerufen werden oder über deren Regelung sie sich nicht geeinigt haben. M. a. W. gilt das öffentliche Recht ohne Dazwischentreten des freien Willens der Individuen, d. h. also unmittelbar; das Privatrecht stets nur unter der Voraussetzung der Vereinbarung der Individuen hinsichtlich der Begründung oder Regelung eines Rechtsverhältnisses, also nur mittelbar[21].

Dank dieser Unterscheidung können u. E. die Schwierigkeiten, die sich bei der Anwendung der Subjektions- oder Interessentheorie[22] ergeben, ver-

---

[20] Siehe S. 16 Anm. 6.

[21] Die Unterscheidung in Begründung oder Regelung eines Rechtsverhältnisses ist u. E. deshalb zu treffen, weil im Privatrecht Forderungen auch von Gesetzes wegen entstehen können, z. B. Forderungen aus unerlaubten Handlungen gemäss Art. 41 OR, die Regelung solcher Rechtsverhältnisse aber dem Willen der Parteien überlassen bleiben. Umgekehrt sind die meisten Rechtsverhältnisse des Privatrechts hinsichtlich ihrer Begründung dem freien Willen der Parteien überlassen, dagegen ihre inhaltliche Ausgestaltung z. T. gesetzlich zwingend geregelt, z. B. die familienrechtlichen Verhältnisse. Demgegenüber entzieht das öffentliche Recht meistens die Begründung und Regelung eines Rechtsverhältnisses dem freien Willen der Parteien.

[22] Wurden die subjektiven öffentlichen Rechte in erster Linie im öffentlichen Interesse oder in demjenigen des einzelnen Berechtigten anerkannt? Sind beispielsweise die kraft AHVG geschaffenen Verbandsausgleichskassen Personen des öffentlichen Rechts? s. Binswanger, zu Art. 56, Ziff. 3 AHVG, S. 232.

mieden werden. Es ist nicht mehr zu untersuchen, ob ein Rechtsverhältnis beispielsweise zwischen subordinierten oder koordinierten Personen besteht oder im privaten oder öffentlichen Interesse entstanden ist, sondern nur noch, ob dasselbe auf Grund des Gesetzes oder kraft freien Willens der Individuen entstanden oder geregelt ist. Ist darnach ein Rechtsverhältnis auf Grund des Gesetzes zur Entstehung gelangt und abschliessend geregelt, so handelt es sich um öffentliches Recht. Ist jedoch entweder die Begründung oder die Regelung des Rechtsverhältnisses dem freien Willen der Individuen überlassen, so haben wir es mit Privatrecht zu tun.

Wir möchten daher das öffentliche Recht als die Gesamtheit jener Rechtsnormen, welche bei Vorliegen des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes ein Rechtsverhältnis[23] ipso iure entstehen lassen und abschliessend regeln, bezeichnen[24].

In dieser Charakterisierung des öffentlichen Rechts sind bereits wichtige Elemente für die nun vorzunehmende Umschreibung des subjektiven öffentlichen Rechts enthalten, weshalb auf eine selbständige, im Hinblick auf unsere Aufgabe besonders zugeschnittene Definition des öffentlichen Rechts nicht verzichtet werden konnte.

2. Struktur und Wesen des öffentlichen Rechtsverhältnisses

Die aus dem öffentlichen Recht entspringenden subjektiven Rechte werden, von der Seite der Individuen her betrachtet, allgemein in Mitwirkungs- oder politische Rechte, positive Ansprüche des einzelnen gegen den Staat und Freiheitsrechte[25] unterschieden.

Ob aber diese Rechte ausnahmslos als echte subjektive öffentliche Rechte bezeichnet werden können, möchten wir anhand der im folgenden für die Annahme eines echten subjektiven öffentlichen Rechts als wesentlich erkannten Elemente beantworten.

[23] Der Umstand, dass diese Rechtsverhältnisse meistens zwischen einem Träger öffentlicher Gewalt und einem Privaten bestehen, tut obiger Definition keinen Abbruch.

[24] Demgegenüber wäre das Privatrecht die Gesamtheit jener Rechtsnormen, welche auf die durch freien Willensakt der Individuen begründeten oder geregelten Rechtsverhältnisse anwendbar sind.

[25] So W. Jellinek, S. 196, Fleiner, Institutionen, S. 177, Ruck, S. 46.

a) Status

Im römischen Recht war ein Mensch nur auf Grund seiner Rechtsfähigkeit in der Lage, Rechte zu erwerben oder Verbindlichkeiten einzugehen[26]. So ähnlich ist es auch heute noch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts[27].

Der Staat kann nur für jene Rechtssubjekte bindende Rechtsnormen erlassen, die entweder in persönlicher oder territorialer Beziehung zu ihm stehen.

In territorialer Beziehung sind mit dem Staat jene Individuen verbunden, die sich — seien sie Angehörige des Staates oder Ausländer — innerhalb des Staatsgebietes aufhalten. Dank dieser Beziehung tritt eine solche Person in eine besondere Rechtsstellung gegenüber dem Staat ein, die ihr ohne diese Relation nicht zukäme.

Auch auf Grund der persönlichen Beziehung, die ihren Ausdruck im Besitz der Staatsangehörigkeit findet, gelangt der betreffende Bürger in den Besitz verschiedener Fähigkeiten, die ihm sonst nicht zukämen.

Diese Fähigkeiten, welche im wahren Sinne des Wortes rechtliche Eigenschaften einer Person bedeuten, die ihr neben der allgemeinen Rechtsfähigkeit zustehen, bilden in ihrer Gesamtheit einen Zustand, der, um an das römische Recht anzuschliessen, mit Status bezeichnet wird[28].

[26] Vgl. Sohm, S. 167 u. ff. und S. 177 u. ff.

[27] Nicht aber im Privatrecht, wo alle Menschen rechtsfähig sind, Art. 11, 1 ZGB.

[28] Jellinek führt in seinem Staatsrecht, S. 418 u. ff., darüber folgendes aus: «Die vom Staate gewährte individuelle Fähigkeit aber, die Rechtsordnung im eigenen Interesse in Bewegung zu setzen, schafft, wie jede begrenzte individuelle, vom Recht anerkannte Macht eine sujektive Berechtigung. Daher gehört die Persönlichkeit dem öffentlichen Recht zu. Sie ist die Bedingung des Privatrechts und aller Rechtsordnung überhaupt, die demnach mit dem Dasein individueller öffentlicher Rechte innig verknüpft ist. Diese Rechte gründen sich unmittelbar auf die Persönlichkeit. Sie haben kein von der Person verschiedenes Objekt wie die Privatrechte. Die aus ihnen entspringenden Ansprüche, in denen sich die praktische Bedeutung dieser Rechte erschöpft, entstammen direkt den Fähigkeiten, welche die Rechtsordnung den einzelnen zuerkennt. Alle diese Fähigkeiten bezeichnen ein dauerndes Verhältnis des einzelnen zum Staate, es sind rechtliche Zustände, die auf ihnen ruhen und die den Grund der einzelnen publizistischen Ansprüche bilden. Jeder öffentlichrechtliche Anspruch entspringt daher unmittelbar aus einer bestimmten Position der Person zum Staate, die dem Vorbild des antiken Rechts entsprechend, als ein Status bezeichnet werden kann.» — Wenn wir den Status — in Abweichung von Jellinek — als eine besondere Rechtsfähigkeit neben der allgemeinen Rechtsfähigkeit bezeichnen, so geschieht dies aus der Ueberlegung, dass die allgemeine Rechtsfähigkeit auch jenen Personen zukommt, die in keiner engeren Beziehung, sei es in persönlicher oder territorialer Hinsicht, zum Staat stehen.

Diese auf Jellinek zurückgehende Betrachtungsweise, die allerdings auch auf Ablehnung stösst[29], wurde von anderen Rechtslehrern ebenfalls vertreten[30]. Ueber die inhaltliche Bedeutung dieses Begriffes herrscht aber viel Unklarheit, da darunter bald die Voraussetzungen zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses, bald wieder das Rechtsverhältnis selbst verstanden werden[31].

U. E. kann aus den bisherigen Darlegungen der Schluss gezogen werden, dass der Status als die Gesamtheit von rechtlichen Eigenschaften gewisse rechtliche Beziehungen seines Inhabers zum Träger der öffentlichen Ordnung, d. h. zum Staat, ausdrückt[32]. Diese Beziehung ist vorderhand rein formeller, organisatorischer Natur, da damit nur die Stellung des Individuums im Staat umschrieben wird, ohne dass diese schon bestimmte Rechte und Pflichten einhalten würde. Der Status bedeutet m. a. W. die öffentlich-rechtliche Stellung eines Individuums, also eine besondere Rechtsfähigkeit, die ihm neben der allgemeinen Rechtsfähigkeit, welche allen Menschen zukommt, verliehen wird. So betrachtet, bedeutet der Status ein rechtliches Können und hat Wirkung gegenüber jedermann, ist also absolut[33].

In diesem Sinn kann der Status als rein formelles öffentliches Rechtsverhältnis bezeichnet werden, auf Grund dessen bei Vorliegen, bzw. beim

---

[29] Die Mehrzahl der Staats- und Verwaltungsrechtslehrer verwendet den Begriff des Status nicht, in der Meinung, dadurch werde doch keine Klärung der Verhältnisse erzielt.

[30] So Jèze, Verwaltungsrecht, S. 7 und 32.
Bühler, S. 251.
W. Jellinek, S. 182, u. a.

[31] Schönborn, S. 71 u. ff., erklärt im Anschluss an die Betrachtung der Lehre G. Jellineks, die subjektiven öffentlichen Rechte der Individuen seien eigentliche Rechtsverhältnisse, ein rechtlicher Zustand, aus dem Ansprüche hervorgingen.
W. Jellinek, S. 182, bezeichnet den Status als diejenige Rechtslage eines Menschen, die die Möglichkeit der Entstehung künftiger Rechtsverhältnisse in sich birgt. Er weist jedoch auf die Schwierigkeiten hin, dass auch das Rechtsverhältnis nicht immer schon bei seiner Entstehung voll wirkende Rechte und Pflichten enthält, sondern dieselben oft erst in Zukunft von Rechtsverhältnissen hervorgebracht werden.
Nach Richter, S. 60, ist der Status Ersatz für Rechte und Pflichten, die sich eigentlich aus einem Rechtsverhältnis ergeben.

[32] Wenn G. Jellinek, System, S. 10, sagt, ein isoliert gedachter Rechtsträger sei eine unvollziehbare Vorstellung, auch der Staat könne nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberständen, so gilt diese Ueberlegung in dem Sinn auch bei der Betrachtung des Statusbegriffes, als derselbe nur dann einen praktischen Wert hat, wenn er in Beziehung zum Staat gesetzt wird, m. a. W. drückt er eine bestimmte Beziehung zum Staat aus.

[33] So auch Jèze, Verwaltungsrecht, S. 7; Duguit, S. 282.

Eintritt weiterer Tatbestandsmomente, bestimmte Rechte und Pflichten als Gegenstand des materiellen öffentlichen Rechtsverhältnisses kraft Gesetzes entstehen können[34].

Das formelle öffentliche Rechtsverhältnis, das wir als Status bezeichnet haben, gelangt folglich kraft Gesetzes zur Entstehung, sobald ein Induviduum in eine bestimmte engere Beziehung (z. B. Erwerb der Staatsangehörigkeit, Domizilnahme im Staatsgebiet) zu einem Staatswesen tritt.

Der Status ist darnach die Summe der bei Vorliegen des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes ipso iure verliehenen rechtlichen Fähigkeiten eines Individuums, die die Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten bilden[35].

Dem Inhalte nach werden verschiedene Stati unterschieden, so der aktive, positive und negative Status.

Der aktive Status drückt die Stellung eines Individuums in politischer Hinsicht aus. Aus ihm entstehen gegebenenfalls die politischen Rechte, wie das Stimm- und Wahlrecht[36].

Der positive Status gewährt dessen Trägern gegebenenfalls gewisse Rechte auf gesetzlich bestimmte Leistungen, z. B. Gewährung des Rechtsschutzes, von Unterstützungen u. a.[37].

---

[34] So ist die Staatsangehörigkeit beispielsweise Voraussetzung für den Erwerb des Stimm- und Wahlrechts, welches bei Eintritt weiterer Tatbestandsmomente, wie z. B. Erreichung des gesetzlich vorgeschriebenen Alters, voll zur Entstehung gelangt.

[35] Gl. M. Bühler, S. 251: «Statusverhältnisse sind zunächst nur Qualifikationen, nicht Rechte, sie sind aber Voraussetzungen dafür, dass für denjenigen, dem sie zukommen, unter gewissen weiteren Umständen subjektive Rechte verschiedener Art entstehen.» —

Die Frage, ob der Status selbst schon ein Rechtsverhältnis bedeutet, ist also je nach der Definition des Status verschieden zu beantworten. Wird darunter die Gesamtheit von bloss subjektiven Voraussetzungen, d. h. der Besitz von bestimmten persönlichen Eigenschaften verstanden, so bedeutet Status nur die Fähigkeit, eine Stellung innerhalb des Staates bei Eintritt der objektiven Voraussetzungen (des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes) zu erwerben. Damit wäre der Status kein Rechtsverhältnis, da überhaupt noch keine Beziehung zum Staat bestehen würde, sondern erst entstehen könnte. Wird darunter aber eine schon bestimmte Position zum Staat verstanden, was das Vorliegen von subjektiven und objektiven Voraussetzungen bedingt, so besteht bereits ein Rechtsverhältnis, allerdings nur formeller Art. Das materielle Rechtsverhältnis kann im Anschluss an die Entstehung des Status unmittelbar, erst später oder sukzessive entstehen.

[36] Vgl. z. B. Jellinek, System, S. 176.

[37] Ders. S. 124.

Der negative Status beinhaltet die sogenannten Freiheitsrechte, das Recht auf eine staatsgewaltsfreie Sphäre (z. B. die Glaubens- und Gewissensfreiheit, Pressefreiheit u. a.) [38].

In der Folge werden wir uns ausschliesslich mit den Rechten zu befassen haben, welche aus dem positiven Status entspringen.

b) Das subjektive öffentliche Recht

Bei Vorliegen eines Status, bzw. eines formellen öffentlichen Rechtsverhältnisses, sind die Voraussetzungen für die Entstehung eines materiellen öffentlichen Rechtsverhältnisses grundsätzlich geschaffen. Dieses beinhaltet bestimmte Rechte und Pflichten, welche als subjektive öffentliche Rechte und öffentliche Pflichten bezeichnet werden.

Zum Unterschied vom formellen öffentlichen Rechtsverhältnis hat das materielle öffentliche Rechtsverhältnis besondere Wirkungen zwischen den am jeweiligen Rechtsverhältnis beteiligten Personen. Es ist also relativ [39].

Das materielle öffentliche Rechtsverhältnis umfasst zwei oder auch mehrere Rechtssubjekte, wovon das eine zu etwas verpflichtet und das andere hierauf berechtigt ist. Die Scheidung in Rechte und Pflichten ist jedoch in den wenigsten Fällen so reinlich durchgeführt, dass die eine Seite des Rechtsverhältnisses nur berechtigt und die andere Seite nur verpflichtet wäre. Vielmehr hat der Berechtigte meist auch gewisse Pflichten zu erfüllen und umgekehrt [40]. Betrachtet man aber ein Rechtsverhältnis daraufhin, ob auf der einen Seite das Schwergewicht bei den Rechten und auf der andern Seite bei den Pflichten liegt, so kann man vom Gesichtspunkt des Berechtigten aus gesehen von einem Leistungsverhältnis und vom Standpunkt des Verpflichteten aus von einem Verpflichtungsverhältnis sprechen. So stellt sich die Rechtsbeziehung des Individuums zum Träger der öffentlichen Pflicht als ein Leistungsverhältnis dar, auf Grund dessen die gesetzlich bestimmten Leistungen gefordert werden können. Umgekehrt haben wir es mit dem Verpflichtungsverhältnis zu tun, wenn

[38] So G. Jellinek, S. 94 u. ff.; Fleiner, S. 177.

[39] Gl. M. Jèze, Verwaltungsrecht, S. 7; Duguit, S. 282.

[40] Ob es sich dabei um ein synallagmatisches Rechtsverhältnis handelt, bleibe dahingestellt, da die Beantwortung dieser Frage für unsere Zwecke unbehelflich ist.

die Rechtsbeziehung vom Standpunkt des Trägers der öffentlichen Pflicht aus betrachtet wird, da auf Grund dessen der Träger gewisse Leistungen zu erbringen hat.

Das Leistungsverhältnis kann zur Forderung von ganz verschiedenen Leistungen berechtigen, je nach dem ihm zugrunde liegenden Status. So gewährt der aktive Status das Recht auf Mitwirkung an der Bildung des Staatswillens, der negative Status das Recht auf den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechte und der positive Status das Recht auf Gewährung von gesetzlich bestimmten Leistungen.

Die Frage nach der Begründung der materiellen öffentlichen Rechtsverhältnisse beantwortet sich gleich wie beim Status aus der Natur des öffentlichen Rechts selber. Sie entstehen daher ebenfalls nur auf Grund des vom Gesetz aufgestellten und umschriebenen Tatbestandes ipso iure, sofern der entsprechende Status gegeben ist. Es muss also nicht ein rechtsgeschäftlicher Wille der Individuen als konstitutives Moment hinzukommen [41].

Aehnlich wie im Privatrecht besitzt der Berechtigte auch im öffentlichen Recht bestimmte Forderungsrechte gegen andere Rechtssubjekte, mit dem allerdings wesentlichen Unterschied, dass dieselben kraft Gesetzes begründet und abschliessend geregelt werden und sich in der Hauptsache [42] gegen einen Träger der öffentlichen Gewalt richten.

Da dem subjektiven öffentlichen Recht die öffentliche Pflicht auf Anerkennung dieses Rechts durch den hierzu Verpflichteten gegenübersteht, ist u. E. die Frage entscheidend, ob die Klagbarkeit Wesensmerkmal des subjektiven öffentlichen Rechts ist.

Dies ist u. E. deshalb zu bejahen, weil man verneinendenfalls nicht mehr von einem subjektiven Recht sprechen könnte [43]. Aus der früher kurz skizzierten Entstehungsgeschichte der subjektiven öffentlichen Rechte geht einwandfrei hervor, dass man bei ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung an rechtlich geschützte, den Individuen zustehende, Interessen gedacht hat, die notfalls auch gegenüber einem Träger öffentlicher Gewalt

---

[41] Gl. M. Loening, S. 8; G. Meyer, Staatsrecht, S. 30 u. ff.; G. Jellinek, System, S. 43 u. ff.; Bühler, S. 17; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 104; Herrnritt, S. 71 u. ff.

[42] Gibt es auch subjektive öffentliche Rechte gegenüber Privatpersonen? U. E. lässt sich mit Recht die Frage stellen, ob nicht z. B. das Erziehungs- und Unterstützungsrecht der Eltern gegenüber ihren Kindern ein solches darstellt.

[43] Gl. M. Gerber, Staatsrecht, S. 195, G. Jellinek, S. 80 und Merkel § 442; a. M. Bühler, S. 24.

gerichtlich durchgesetzt werden können. Darin liegt ihr eigentlicher praktischer und juristischer Wert und darin unterscheiden sie sich von allen andern öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, die nicht erzwungen, sondern nur erbeten werden können. Wir erinnern an das «Recht» auf Armenunterstützung, dessen Gewährung oder Verweigerung im freien Ermessen der zuständigen Behörden liegt [44].

Nach diesen Ausführungen kann daher *das subjektive öffentliche Recht als ein bei Vorliegen des entsprechenden Status und Eintritt des gesetzlichen Tatbestandes ipso iure entstandenes und klagbares Recht eines Individuums gegenüber dem Träger der öffentlichen Pflicht auf die gesetzlich bestimmten Leistungen* definiert werden.

Das Recht muss demnach u. E. folgende Wesensmerkmale aufweisen, um als ein subjektives öffentliches Recht qualifiziert werden zu können: Es muss seinen Rechtsgrund hinsichtlich Entstehung, Regelung und auch Untergang im Gesetz haben, einem Individuum gegenüber einem Träger der öffentlichen Pflicht zustehen und endlich gerichtlich erzwingbar sein.

Da aber ein Recht und damit auch ein subjektives öffentliches Recht bedingter [45], betagter [46], also potentieller Natur sein kann, haben wir noch eine dritte Definition zu treffen, welche das Element des unbedingten, fälligen und daher aktuellen Rechts in sich schliessen soll.

c) Der öffentlich-rechtliche Anspruch

Ueber den Begriff des Anspruchs bestehen ganz verschiedene Ansichten. Von Tuhr bezeichnet den Anspruch als das Recht, die Leistung zu verlangen [47]. G. Jellinek lehrt, die Möglichkeit, einen Anspruch zu erheben, sei eine Eigenschaft des subjektiven Rechts. Der Anspruch selbst sei konkret-aktuell gegenüber dem Recht, das abstrakt-potentiell sei. Der Anspruch weise andere Wesenszüge auf [48].

Andere Autoren nehmen an, der Begriff Anspruch sei gleichbedeutend mit Befugnis oder bedeute das Recht selbst in einer bestimmten Richtung [49]. Der Anspruch weise darum die dem Recht eigentümlichen Wesensmerkmale auf, er könne auch potentieller Natur sein [50].

---

[44] Siehe vorn S. 17.
[45] Vgl. hierüber Senn, S. 82 u. ff.
[46] Ders. bezeichnet als betagtes Recht das nicht fällige Recht.
[47] von Tuhr, S. 12.
[48] Jellinek, System, S. 51.
[49] Nawiasky, Rechtslehre, S. 136.
[50] So Bühler, S. 228.

Ansprechen im rechtlichen Sinn kann man u. E. erst dann etwas, wenn man darauf ein unbedingtes, fälliges Recht besitzt [51]. Die Geltendmachung des Rechts kann nämlich vom Eintritt einer Bedingung oder dem Erleben eines bestimmten Zeitpunktes abhängig sein; es ist daher noch abstrakter Natur. Nicht so der Anspruch, der seiner Natur nach unbedingt und unbefristet und somit konkreter Natur ist.

Ein Recht kann sich weiter in der Hervorbringung eines einzigen Anspruchs erschöpfen, anderseits können aber aus ihm eine Mehrzahl von Ansprüchen (Recht auf wiederkehrende Leistungen) hervorgehen.

Demgemäss enthält ein Recht erst die Potenz zur Anspruchserhebung und ist daher potentiell; der Anspruch selber ist als Gegenstück dazu aktuell und konkret.

Aus diesen Ueberlegungen geht hervor, dass der Anspruch ein Unterbegriff zum Oberbegriff des subjektiven Rechts darstellt. Ein Anspruch kann als solcher nur gestützt auf das Recht erhoben werden, kraft des ihm zugrunde liegenden Rechts wird er zum Rechtsanspruch.

In Gegensatz zum Status und zum subjektiven öffentlichen Recht gibt aber der aus ihm entspringende öffentlich-rechtliche Anspruch u. E. keine neuen Fähigkeiten, da diese bereits im subjektiven öffentlichen Recht selber enthalten sind. Die Persönlichkeit des Berechtigten wird durch ihn nicht gemehrt [52].

Demgemäss bedeutet der *Anspruch* lediglich *eine unbedingte, aktuelle und daher fällige, aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen den Träger der öffentlichen Pflicht gerichtete öffentlich-rechtliche Forderung* [53].

Wann ein Recht fällig wird und sich daher zu einem Anspruch verdichtet, bestimmt regelmässig das Gesetz. Der Anspruch entsteht demnach kraft Gesetzes bei Eintritt der Fälligkeit. Er ist m. a. W. ebenfalls öffentlich-rechtlicher Natur.

---

[51] Vgl. von Tuhr, S. 12/13: «Die Forderung besteht, sobald die Leistung dem Gläubiger geschuldet wird. Sein Anspruch entsteht erst dann, wenn er die Leistung verlangen darf, d. h., wenn die Forderung fällig ist.»

[52] A. M. Schoenborn, S. 72.

[53] Vgl. hierzu Jellinek, S. 54. Der Träger der öffentlich-rechtlichen Pflicht ist meistens der Staat oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft oder Anstalt. Wichtig ist daher die Frage nach der Rechtspersönlichkeit des Staates. Wir setzen dieselbe als selbstverständlich voraus und berufen uns u. a. auf folgende Autoren: Gerber, Staatsrecht, S. 219, Haenel, S. 102, Hauriou, S. 202, Laband, S. 57 u. ff., Jellinek, System, S. 28 u. ff., Hatschek, S. 4, u. a. — A. M. sind Jèze, Principes, S. 15 u. ff., Duguit S. 536 u. ff., Giacometti, Staatsrecht, S. 153, u. a.

Hingegen kann auch der öffentlich-rechtliche Anspruch als Funktion des subjektiven öffentlichen Rechts der Verfügungsmacht des Berechtigten überlassen sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Berücksichtigung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen vom Gesetzgeber selbst von einer Anmeldung, einem Tätigwerden des Berechtigten abhängig gemacht wird und z. B. Verwirkungs- oder Verjährungsfristen aufgestellt worden sind.

3. Abgrenzung zu verwandten Begriffen

Die Frage, ob im konkreten Fall ein subjektives öffentliches Recht oder nur eine rechtliche Verpflichtung öffentlicher Natur auf seiten des Staates gegenüber der Allgemeinheit vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden.

Um die Unterscheidung treffen zu können, sind daher die mit dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts verwandten, aber nicht identischen Ausdrücke einer kurzen Betrachtung zu unterziehen und gegenüber dem subjektiven öffentlichen Recht abzugrenzen. Dadurch tritt das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts noch klarer zum Durchbruch.

a) Grundrechte

Im Staatsrecht ist häufig von den sogenannten Grundrechten die Rede. Diese in den Staatsverfassungen garantierten Rechte umschreiben nur die gliedliche Stellung der dem Staat Subjizierten im öffentlichen Recht. Diese Grundrechte sind aber im Sinne unserer früheren Feststellungen eigentliche Statusverhältnisse und nicht etwa subjektive öffentliche Rechte, zu deren Entstehung es des Eintritts weiterer im Gesetz umschriebener Tatbestandselemente bedarf. Die Mitwirkungs- oder politischen Rechte und die Freiheitsrechte sind also genau besehen Stati, bei deren Vorliegen subjektive öffentliche Rechte erst entstehen können [54].

[54] So entsteht z. B. bei Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten negativen Status (Freiheitssphäre) ein Recht auf Unterlassung, das als subjektives öffentliches Recht bezeichnet werden kann. Wir erinnern in diesem Zusammenhang an die Praxis des BGer bei Anrufung von Art. 4 BV, s. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit.
Wenn also z. B. Gerber, Staatsrecht, S. 33, und Laband, I. Bd., S. 150/151, den politischen Rechten und den Freiheitsrechten den Charakter von echten subjektiven öffentlichen Rechten absprechen, so ist ihnen insofern beizupflichten, als unter diesen Rechten vorerst nur Statusverhältnisse zu verstehen sind, welche allerdings Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten sind.

b) Reflexrechte

Der Gesetzgeber hat zwei Möglichkeiten, um dem Bürger staatliche Leistungen zukommen zu lassen. Je nach dem Motiv, ob eine Leistung mehr im Interesse der Allgemeinheit oder mehr in demjenigen des einzelnen statuiert werden soll[55], wird er den Destinatären nur einen allgemeinen Anspruch gegenüber der Verwaltung oder aber genau bestimmte klagbare Rechte einräumen. Im ersten Fall enthalten die Gesetzesbestimmungen Normen bloss objektiven Rechts, ihr Adressat ist die ausführende Behörde. Der einzelne seinerseits besitzt nur ein faktisches Interesse[56], nicht aber einen rechtlich klagbaren Anspruch auf Vollziehung dieser Rechtsnorm. Die Leistungen kommen ihm als Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung zu. Ihering hat dafür den Ausdruck «Reflexrecht» geprägt[57]. Im zweiten Fall erwirbt der Destinatär bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein subjektives öffentliches Recht.

Aus dieser verschiedenen Rechtsnatur ergibt sich auch eine grundverschiedene Rechtsanwendung der einschlägigen Normen.

Der Verwaltungsbeamte, der eine Verwaltungsnorm anwendet, handelt im Interesse des Gesamtwohles. Für ihn ist die Anwendung des Rechts nur Mittel zum Zweck[58]. Das besagt, dass seine Tätigkeit eine viel freiere ist als beispielsweise jene des Richters. Wir meinen damit das Problem des freien Ermessens. Im Gebiet des Verwaltungsrechts hat das freie Ermessen ein weites Betätigungsfeld. Bühler[59] hat es als die vom Gesetz einer Behörde gewährte Möglichkeit, die Entscheidung in einer Verwaltungsmassnahme darnach zu treffen, ob sie ihre Wirkung vom Standpunkt der Förderung der Staatszwecke aus für wertvoll hält oder nicht, definiert[60]. Diese Entscheidungsfreiheit kann sich aus der engeren oder weiteren Formulierung einer abstrakten Norm ergeben[61]. Sie kann beispielsweise mit Rücksicht auf das in erster Linie zu berücksichtigende öffentliche Interesse sehr weit sein.

---

[55] Das ist eine Frage der Gesetzgebungspolitik, in deren Domäne das Interessenmoment eine eminente Rolle spielt.
[56] Nawiasky, Rechtslehre, S. 124.
[57] Ihering, S. 327; treffender wäre u. E. der Begriff «Rechtsreflex», wie ihn Senn, S. 55, Anm. 10, vorschlägt, da er mehr den Reflex des Rechts betont und weniger die Meinung aufkommen lässt, es handle sich um ein Recht.
[58] So Fleiner, S. 7.
[59] Bühler, S. 26.
[60] Gl. M. Fleiner, S. 142; Herrnritt, S. 295.
[61] So Nawiasky, S. 98 u. ff.

Sollen aber einzelnen Individuen, nicht nur der Oeffentlichkeit, ganz bestimmte, klagbare Ansprüche zugebilligt werden, so ist die Formulierung der betreffenden Rechtsnorm sehr eng, sodass sie demjenigen, der sie anzuwenden hat, nur die Konstatierung der vom Gesetz aufgestellten Daten zeitlicher, räumlicher und quantitativer Natur gestattet. Im letzteren Fall spricht man von gesetzlicher Gebundenheit[62]. So ist der Richter ausschliesslich an das Gesetz gebunden. Für ihn ist die Rechtsanwendung nicht nur Mittel zum Zweck, sondern oberster Zweck.

Würde die Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden überlassen, so wäre seine Durchsetzung in Frage gestellt, da eben oft das individuelle Interesse den Staatsinteressen, welche der Verwaltungsbeamte in erster Linie zu wahren hat, hintangestellt würde. Die rechtliche Gebundenheit in der Rechtsanwendung bildet daher die unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts[63]. Demgegenüber leuchtet ein, dass gerade bei den Reflexrechten das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden sein eigentliches Betätigungsfeld hat.

Als entscheidendes Kriterium zwischen Reflexrecht und subjektivem öffentlichem Recht ist nach diesen Darlegungen beim Reflexrecht das Fehlen des Rechtsschutzes anzusehen, auf Grund dessen ein Recht gerichtlich geltend gemacht werden könnte, ja überhaupt das Fehlen eines materiellen Rechts. Beim Reflexrecht fehlt also eine bestimmte Rechtsbeziehung zwischen Staat und Individuum; beim subjektiven öffentlichen Recht dagegen haben wir ein bestimmtes Rechtsverhältnis, welches klagbare Rechte beinhaltet, zwischen den genannten Subjekten. Aus diesem Grunde haben einige Rechtslehrer das Moment der Klagbarkeit als ein dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts wesentliches Element aufgestellt[64].

Die Unterscheidung zwischen subjektivem öffentlichem Recht und Reflexrecht ist für uns deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie als Angelpunkt bezeichnet werden kann, an dem sich das Armenrecht als dem

---

[62] Vgl. Herrnritt, S. 292 u. ff.

[63] So W. Jellinek, S. 115 u. ff., siehe auch S. 28.

[64] Vgl. über dieses Problem: G. Jellinek, S. 67 u. ff., Herrnritt, S. 77.
O. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 104 u. ff.
Aus dem Requisit der Klagbarkeit geht also indirekt hervor, dass der Grundsatz der gesetzlichen Gebundenheit gilt. Dass daher nur besondere Verwaltungsgerichte und nicht die Verwaltungsbehörden selber eine genügende Garantie für die subjektiven öffentlichen Rechte bieten, ergibt sich damit von selbst; siehe auch S. 27, Anm. 43.

Beispiel par excellence für Reflexrechte vom Sozialversicherungsrecht scheidet, welches echte subjektive Rechte gewähren soll.

c) Rechtlich geschütztes Interesse

In der Rechtswissenschaft stösst man ab und zu auf den Begriff des «rechtlich geschützten Interesses». Eine befriedigende Definition wurde jedoch u. W. bis heute nicht gefunden.

Bühler [65] ist die Tragweite des rechtlich geschützten Interesses unklar. An sich gehöre unter diesen Begriff auch das subjektive öffentliche Recht, gewöhnlich werde aber der Begriff gerade im Gegensatz zum subjektiven öffentlichen Recht gebraucht, nämlich für die Interessen mit schwächerem Schutz.

Auch Herrnritt [66] gibt keine Definition, sondern begnügt sich mit der Aufzählung einiger Ergebnisse aus der Praxis, die als rechtlich geschützte Interessen gelten können. Er nimmt an, dass darunter Lebensbeziehungen verstanden werden, zu deren Schutz bloss prozessuales, nicht aber materielles Recht verliehen sei.

Jellinek [67] sieht in der Zuerkennung formeller Rechtsmittel das unterscheidende Merkmal des rechtlich geschützten Interesses zu dem bloss faktischen Interesse. Dabei stellt er die beiden Begriffe der Interessenbeschwerde als Recht der Bitte für die Berücksichtigung faktischer Interessen und der Verwaltungsbeschwerde als Mittel zur rechtlichen Anspruchsbefriedung auf.

In seiner Rechtslehre unterscheidet Nawiasky [68] zwischen den bloss faktischen Interessen und den mit formellen Rechtsmitteln ausgestatteten rechtlich geschützten Interessen.

Für uns ist vor allem wichtig, feststellen zu können, dass sowohl zwischen dem rein faktischen Interesse oder dem Reflexrecht und dem subjektiven öffentlichen Recht als auch zwischen dem rechtlich geschützten Interesse und dem subjektiven öffentlichen Recht ein rechtlich bedeutsamer Unterschied besteht. Dem Reflexrecht fehlt sowohl das materielle als auch das formelle Recht, dem rechtlich geschützten Interesse

---

[65] Bühler, S. 229.
[66] Herrnritt, S. 476, Anm. 29.
[67] G. Jellinek, System, S. 130.
[68] Nawiasky, S. 124.

nach allgemeiner Ansicht das materielle Recht. Nur das sujektive öffentliche Recht beinhaltet sowohl den materiellen Rechtsanspruch als auch den Rechtsschutz.

§ 3. Die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung

I. ALLGEMEINES

Wir haben festgestellt, dass das öffentliche Rechtsverhältnis nach seiner formellen und materiellen Seite hin zu unterscheiden ist. Das formelle Rechtsverhältnis bezeichneten wir als Status und das materielle Rechtsverhältnis unterteilten wir in das Leistungs- und Verpflichtungsverhältnis [1]. Aus dem subjektiven öffentlichen Recht als Objekt des Leistungsverhältnisses leiteten wir den öffentlich-rechtlichen Anspruch ab.

Das Sozialversicherungsrecht, das als der Inbegriff jener Rechtsnormen bezeichnet werden kann, die zur Sicherung ganzer Bevölkerungskreise, eventuell des ganzen Staatsvolkes, gegen wirtschaftlich nachteilige Tatsachen durch Deckung des dadurch eintretenden Schadens ein Versicherungsverhältnis von Gesetzes wegen begründen und regeln [2], stellt per definitionem ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts dar. Wir stossen daher bei den aus ihm entspringenden Rechten auf eine analoge rechtliche Struktur, wie wir sie bei den subjektiven öffentlichen Rechten im allgemeinen aufgezeigt haben.

Auch hier können Status, subjektives öffentliches Recht und Anspruch auseinandergehalten werden, wobei eine Aenderung in der Terminologie

---

[1] Siehe S. 26/27.

[2] Jacobi, S. 441, definiert: «Die auf besondere öffentliche juristische Personen (Versicherungsträger) übertragene verwaltungsmässige Fürsorge für Arbeitnehmer und ihnen gleichgestellte Personen (Versicherten) beim Eintritt bestimmter Lebensumstände (Versicherungsfälle) unter Begründung besonderer öffentlich-rechtlicher Gewaltverhältnisse zwischen Versicherten und Versicherungsträger, Einräumung subjektiver öffentlicher Rechte an die Versicherten auf die Leistungen der Versicherungsträger und Beteiligung der Versicherten oder ihrer Arbeitgeber oder beider an der Aufbringung der Mittel.»
Naef, S. 18: «Sozialversicherung nennen wir alle jene Rechtsnormen, die zum Zwecke der Erhaltung einer im allgemeinen wirtschaftlich erhaltungsunfähigen Gesamtheit ein besonders geartetes Rechtsverhältnis begründen oder deren Begründung fördern.»
Unter diese Begriffsbestimmung fallen die obligatorische Unfallversicherung, die Militärversicherung und die Alters- und Hinterlassenenversicherung, welche allein Gegenstand unserer Betrachtungen sind. Die Krankenversicherung gemäss KUVG als einem blossen Subventionsgesetz fällt nicht unter diese Begriffsbestimmung und fällt daher ausser Betracht.

vorzunehmen ist. So stellt sich das Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts im Sozialversicherungsrecht als Versicherungsverhältnis dar. Dieses unterscheidet sich wieder in formell- und materiellrechtlicher Hinsicht[3]. Das formelle Versicherungsverhältnis ist der Versichertenstatus. Das materielle Versicherungsverhältnis kann — zum Unterschied von unseren bisherigen Darlegungen — nach seinem Mitgliedschafts-, Leistungs- und Verpflichtungsverhältnis unterschieden werden, wie wir später sehen werden. Das Leistungsverhältnis beinhaltet die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung, aus denen gegebenenfalls einzelne Versichertenansprüche hervorgehen.

II. STRUKTUR UND WESEN DES VERSICHERUNGSVERHÄLTNISSES

1. Versichertenstatus

Wie der Erwerb von subjektiven Rechten im öffentlichen Recht die vorgängige Zuerkennung der entsprechenden rechtlichen Fähigkeiten, deren Gesamtheit als Status bezeichnet wurde, durch die Rechtsordung voraussetzt, so können subjektive Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung nur dann entstehen, wenn die Eigenschaft des Versichertseins, m. a. W. der Versichertenstatus vorliegt. Dieser bedeutet eine Unterart des allgemeinen positiven Status[4], welcher nur bestimmten und nicht allen dem Staat unterworfenen Individuen zukommt[5]. Wie der allgemeine positive Status beinhaltet auch der Versichertenstatus keine Rechte und Pflichten, sondern umschreibt nur das rechtliche Können und die organisatorische Stellung einer Person, welche erst die Voraussetzung zur Entstehung von bestimmten Rechten und Pflichten schaffen[6]. Er ist das for-

---

[3] Gl. M. Ernst, S. 83 u. ff.

[4] Siehe S. 25/26.

[5] Kaskel-Sitzler, S. 38 sprechen von Versicherungsfähigkeit und bezeichnen dieselbe als besondere Rechtsfähigkeit bestimmter sozialer Bevölkerungsklassen, als «rechtliche Möglichkeit, genau bestimmte Rechte zu erwerben».
Senn, S. 33: «Versicherungsverhältnisse sind nicht Teile des allgemeinen Untertanenverhältnisses»; diese für die Pensionsversicherung der Bundesbeamten gültige Feststellung kann analog auch hinsichtlich der obligatorischen Unfallversicherung, der Militär- und Alters- und Hinterlassenenversicherung gesagt werden.

[6] Seydel, S. 316: «Die Versicherungsangehörigkeit bei der deutschen Sozialversicherung ist ein Rechtszustand, status, der Ansprüche und Verbindlichkeiten nach sich zieht.»
Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 556, bezeichnet das Versichertsein als einen Status, eine rechtliche Eigenschaft des Versicherten.

melle Versicherungsverhältnis, auf Grund desselben ein materielles Versicherungsverhältnis erst entsteht oder entstehen kann[7]. Der Versichertenstatus drückt m. a. W. die Zugehörigkeit zum Kreis der versicherten Personen aus und kann daher unter Heranziehung der bereits früher gefundenen Elemente als *die bei Vorliegen des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes ipso iure verliehene Eigenschaft des Versichertseins eines Individuums, die die Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten auf Leistungen der Sozialversicherung bildet,* verstanden werden[8].

Mit Hilfe dieser Definition sind wir in der Lage, zu untersuchen, was in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung als Versichertenstatus zu bezeichnen ist:

a) Der Status in der obligatorischen Unfallversicherung

Nach KUVG sind alle in der Schweiz beschäftigten Angestellten und Arbeiter, welche in einem versicherungspflichtigen Betrieb[9] arbeiten, ipso iure versichert. Das Gesetz stellt also drei Voraussetzungen für den Erwerb des Versichertenstatus nach KUVG auf:

S u b j e k t i v muss es sich um einen Angestellten oder Arbeiter, also um einen Arbeitnehmer im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen handeln[10].

---

[7] Ernst, S. 83 u. ff., bezeichnet das formelle Versicherungsverhältnis als Fähigkeit, als organisatorische Stellung bestimmter Personen und gleichzeitig Status des Versichertseins, als subjektive Voraussetzung des Leistungsverhältnisses.

[8] Anstelle des Begriffs «Versichertenstatus» begegnet man häufig den Ausdrücken: Versicherungsberechtigung, Versicherungspflicht oder Versicherungsfähigkeit. U. E. sind diese drei Termini lediglich ein anderer Name für den Begriff «Versichertenstatus»; vgl. Ernst, S. 20: «Die Versicherungsberechtigung ist wie die Versicherungspflicht keine Befugnis, sondern eine rechtliche Fähigkeit, kein Dürfen, sondern ein Können, kein Recht, sondern eine Eigenschaft, die mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Bevölkerungsklasse verknüpft ist.» Dass der Versichertenstatus auch als Versicherungsfähigkeit bezeichnet werden kann, braucht nicht weiter begründet zu werden.

[9] Art. 60 KUVG in Verb. mit Art. 1, 2 u. 3 der VO ü. Vollzug des BG betr. Arbeit in den Fabriken vom 3. 10. 1919; ferner Art. 12—14 der VO I ü. die Unfallversicherung v. 25. 3. 16.

[10] Ueber die Frage, was unter einem Arbeiter zu verstehen ist, gibt Art. 2 in Verbindung mit Art. 3 der VO ü. d. Vollzug des BG betr. Arbeit in den Fabriken vom 3. 10. 19 Auskunft; betr. Nationalität s. Art. 90 KUVG; massgebend ist die Nationalität des Verstorbenen, nicht der Hinterlassenen, JZ, 19, S. 104; Begriff des Arbeiters und Angestellten im Gegensatz zum Betriebsinhaber: Lauber, a. a. O., S. 97, Nr. 46; Begriff des Arbeiters im Gegensatz zum Unternehmer: Lauber, S. 126, Nr. 59; Begriff des Lehrlings, Lauber, S. 49, Nr. 16.

Objektiv muss die Unternehmung oder der Betrieb versicherungspflichtig und der Angestellte oder Arbeiter in einem solchen versicherungspflichtigen Betrieb beschäftigt sein[11]. Die Versicherung beginnt mit dem Antritt der Arbeit auf Grund der Anstellung[12] und endet mit dem Ablauf des zweiten Tages nach dem Tage, an dem der Lohnanspruch aufhört gemäss Art. 62, 1 und 2[13].

Der Versichertenstatus im Sinne des KUVG bedeutet demnach die Eigenschaft des Versichertseins der in einem versicherungspflichtigen Betrieb beschäftigten Angestellten und Arbeiter.

Den Versichertenstatus haben wir als formelles Versicherungsverhältnis bezeichnet. Es frägt sich daher, auf welche andere Rechtspersönlichkeit sich der Versichertenstatus bezieht.

Mit Art. 41 KUVG wurde zwecks Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung die schweizerische Unfallversicherungsanstalt in Luzern ins Leben gerufen, welche die Rechtspersönlichkeit besitzt und eine Anstalt des öffentlichen Rechts darstellt. Die SUVAL ist die Versicherungsträgerin und besitzt als solche insofern eine ähnliche Stellung und Funktion wie der Versicherer im Privatversicherungsrecht, als sie die Versicherungsleistungen auszurichten hat. Die Stellung der SUVAL bedeutet einen Status eigener Art, der uns aber in diesem Zusammenhang nicht weiter interessiert.

Im übrigen kann auf das schon über den allgemeinen positiven Status Dargelegte verwiesen werden.

---

[11] Ernst, S. 23 sagt hierüber: «Die Voraussetzungen, welche der Betrieb erfüllen muss, um vom Gesetz ergriffen zu werden, können deshalb von der Versicherungspflicht des einzelnen unterschieden werden als objektive Versicherungspflicht. Dementsprechend scheidet sich von der objektiven Versicherungspflicht die subjektive, welche den einzelnen Individuen eigen sein muss. Die Versicherungspflicht als Versicherungsverhältnis erschöpft sich aber nicht in diesen beiden Begriffen, sie bedarf vielmehr einer Wechselbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Betrieb, der Beschäftigung. Nicht jeder Arbeiter, welcher die Eigenschaft des versicherungspflichtigen Arbeiters hat, ist versichert, sondern nur der, welcher in einer gewissen Beziehung zu einem versicherungspflichtigen Betrieb steht. Beschäftigung ist das zeitliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.»

[12] Ueber den Begriff der Anstellung s. Lauber, a. a.O., S. 103, Nr. 49, nicht mit Dienstvertrag identisch, Entrichtung eines Lohnes nicht Erfordernis, es genügt die berufliche oder doch regelmässige Betätigung als Untergebener des Betriebsinhabers.

[13] Betr. Beginn und Ende der obl. Unfallversicherung s. Schlatter in JZ 45, S. 116 u. ff., Oberst, S. 36 u. ff., Lauber, S. 20, Nr. 2, S. 23, Nr. 4, S. 25 Nr. 5 u. a.

b) Der Status in der Militärversicherung

Zum Erwerb des Versichertenstatus gemäss MVG ist das Vorliegen folgender subjektiver und objektiver Voraussetzungen gesetzliches Erfordernis:

In subjektiver Beziehung muss es sich um eine der in Art. 1 und 2 aufgezählten Personen handeln. Dabei werden zwei Kategorien von Versicherten unterschieden:

Die eine ist gegen Unfall und Krankheit versichert gemäss Art. 1. Darunter fallen Wehrmänner im Militärdienst, Militärpatienten, Militärbeamte und inhaftierte Wehrmänner [14].

Die andere Kategorie ist gemäss Art. 2 nur gegen Unfall versichert. Es sind dies Personen, welche nur während relativ kurzer Dienstzeit tätig sind, nämlich die Schatzungsexperten, die Teilnehmer an den obligatorischen Schiessübungen, an militärischen Veranstaltungen ausser Dienst oder am Vorunterricht [15].

In objektiver Beziehung erstreckt sich der Versichertenstatus auf folgenden Zeitraum, um allfällige Rechte auf Versicherungsleistungen entstehen zu lassen: Auf die Zeit während des Dienstes und auf jene während des Hin- und Rückweges, sofern sie innert angemessener Frist vor Beginn oder nach Schluss des Dienstes erfolgen. Die Versicherung ruht nur dann, wenn der Versicherte sich in einem persönlich für zivile Zwecke bewilligten Urlaub befindet (Art. 3, Ziff. 3) [16].

Der Versichertenstatus liegt also bei allen diesen in den zitierten Gesetzbestimmungen aufgeführten Personen während des angegebenen Zeitraumes vor.

Nach Ablauf dieses Zeitraumes geht der Versichertenstatus unter. Die gleiche Rechtswirkung tritt mit dem Tod des Versicherten während des Dienstes ein.

Der Versichertenstatus im Sinne des MVG bedeutet demnach die Eigenschaft des Versichertseins der Wehrmänner im Militärdienst, der Militär-

---

[14] a. MVG, Art. 2, 3 und 4. Anstelle des ursprünglichen Begriffs «Wehrmänner aller Grade» ist der Terminus «Wer» getreten; s. hierzu Botschaft des BR, S. 103: «Der Sinn der neuen Formulierung ist der, dass Leute, die Dienst im Sinne der dort aufgezählten Dienstarten leisten, auch dann versichert sind, wenn sie nicht die Wehrmannseigenschaft haben»; s. auch Du Pasquier, SJK, 879, Ziff. I 1—4.

[15] a. MVG Art. 3, Ziff. 1—4 und Art. 4, Ziff. 1—3, zum neuen MVG vgl. Du Pasquier SJK, 879, Ziff. II.

[16] vgl. hierzu Botschaft des BR, S. 10/11; Du Pasquier SJK, 880, Ziff. I.

patienten, der Militärbeamten, der inhaftierten Wehrmänner und jener Personen, welche nur während relativ kurzer Dienstzeit tätig sind.

Der Versichertenstatus des MVG stellt auch hier wie im KUVG das rein formelle Versicherungsverhältnis dar.

Träger der Militärversicherung ist gemäss Art. 61 der Bund, welcher durch das Eidg. Militärdepartement vertreten wird [17]. Versicherte sind die oben aufgeführten Personen.

c) Der Status in der Alters- und Hinterlassenenversicherung

Der Kreis der versicherten Personen, denen der Versichertenstatus gemäss AHVG zukommt [18], ist in Art. 1 umschrieben.

In subjektiver Hinsicht muss es sich um eine natürliche Person oder um einen Schweizerbürger handeln. Juristische Personen sind in keinem Fall versicherungsfähig [19]. Bei der ersten Kategorie von versicherten Personen (natürliche Personen) kann es sich grundsätzlich um Schweizerbürger, Ausländer, Staatenlose, Frauen oder Männer, Kinder oder Erwachsene handeln [20]. Bei der zweiten Kategorie ist der Besitz des Schweizerbürgerrechts Voraussetzung.

In objektiver Hinsicht ist eine Beziehung der erwähnten Personen zur Schweiz gefordert und zwar in folgenden Formen:

— Entweder besitzt eine natürliche Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz oder übt hier eine Erwerbstätigkeit aus. In beiden Fällen muss diese Beziehung während längerer Zeit bestehen gemäss Art. 1, Ziff. 2, lit. c.,

— oder es handelt sich um einen Schweizerbürger, der im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz tätig ist und von diesem entlöhnt wird.

Ausgenommen von der Versicherung sind die sub. Art. 1, Ziff. 2, lit. a—c aufgeführten Personen.

---

[17] Art. 13 der Vollzugsverordnung vom 22. 12. 1949; s. Du Pasquier, SJK, 878, Ziff. III, 2: «Die Militärversicherung wurde nicht in Form einer mit der juristischen Persönlichkeit und mit relativer Unabhängigkeit versehenen Anstalt wie die Suva errichtet. Sie stellt lediglich einen Dienstzweig der Bundesverwaltung dar.»

[18] Das Gesetz spricht von obligatorisch Versicherten; s. Binswanger, Ziff. 2 zu Art. 1 AHVG.

[19] S. Botschaft, S. 385, Ziff. 2.

[20] Art. 18 des BG betr. die Abänderung des BG ü. d. AHV v. 21. 12. 1950, BBl. 1950, III., S. 758; s. auch Botschaft, S. 519.

Nicht in den Kreis der versicherten Personen im Rahmen unserer Abhandlung gehören die freiwillig Versicherten gemäss Art. 2, da diese den Versichertenstatus nicht ipso iure bei Vorliegen der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen erwerben, sondern nur gestützt auf eine ausdrückliche dahinzielende Willenserklärung.

Der Erwerb des Versichertenstatus erfolgt also gestützt auf die im Gesetz aufgestellten subjektiven und objektiven Voraussetzungen mit der Geburt, der Begründung des Wohnsitzes oder der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz [21].

Umgekehrt geht der Versichertenstatus mit dem Tod des Versicherten, der Aufgabe des schweizerischen Domizils oder der Erwerbstätigkeit in der Schweiz durch den Versicherten verloren.

Der Versichertenstatus im Sinne des AHVG bedeutet darnach die Eigenschaft des Versichertseins der in der Schweiz domizilierten oder regelmässig erwerbstätigen natürlichen Personen und der im Ausland tätigen, von einem in der Schweiz wohnenden Arbeitgeber entlöhnten Schweizerbürger.

Der Versichertenstatus als das formelle Versicherungsverhältnis nimmt auf folgende Versicherungsträger Bezug:

Gemäss Art. 49 AHVG erfolgt die Durchführung der AHV unter der Aufsicht des Bundes durch die Arbeitgeber und Arbeitnehmer, anerkannte Versicherungseinrichtungen, Verbandsausgleichskassen, kantonale Ausgleichskassen, Ausgleichskassen des Bundes und eine zentrale Ausgleichsstelle. Infolge der weitgehend dezentralisierten Organisation der AHV haben wir es hier nicht mit e i n e r Versicherungsanstalt als Versicherungsträgerin zu tun [22].

Die eigentliche Durchführung der AHV erfolgt durch die Ausgleichskassen. Diese unterscheiden sich in Verbandsausgleichskassen (Art. 53,

[21] Der Umstand, dass ein Schweizerbürger für einen Arbeitgeber in der Schweiz im Ausland tätig ist und von diesem entlöhnt wird, begründet u. E. in den wenigsten Fällen den Versichertenstatus, da derselbe meistens schon vorliegt Art. 1, lit. c sorgt eher für die Kontinuität des Versichertenstatus eines Arbeitnehmers, der sich für längere Zeit im Auftrag seines Arbeitgebers in der Schweiz ins Ausland begibt.

[22] «Die Organisation der AHV beruht auf dem in der Lohn- und Verdienstersatzordnung erprobten Ausgleichssystem. Dieses besteht darin, dass die Beiträge und die Renten auf verschiedenen Stufen ausgeglichen, d. h. mit einander verrechnet werden, und zwar zuerst in den einzelnen Betrieben, hernach in den nach föderativen und beruflichen Gesichtspunkten gebildeten Ausgleichskassen und zuletzt im Ausgleichsfonds der AHV», s. Botschaft des BR, S. 447.

welcher die Voraussetzungen für die Errichtung einer Kasse aufstellt), kantonale Ausgleichskassen gemäss Art. 61 und Ausgleichskassen des Bundes. Diese Ausgleichskassen besitzen das Recht der Persönlichkeit und sind als juristische Personen des öffentlichen Rechts (Art. 56, Ziff. 3 und Art. 61, Ziff. 1) konstituiert[23]. Ueber ihre Aufgaben bestimmt Art. 63. So setzen sie die Beiträge und Renten fest, beziehen auch die Beiträge und zahlen die Renten aus, führen die nötigen Abrechnungen und die individuellen Beitragskonten, erlassen die Veranlagungsverfügungen und führen das Mahn- und Vollstreckungsverfahren durch. Gegen ihre Verfügungen kann Beschwerde erhoben werden. Die Ausgleichskassen nehmen m. a. W. in organisatorischer, funktioneller und rechtlicher Hinsicht eine ähnliche Stellung wie die SUVAL ein.

Aus diesen Darlegungen geht hervor, dass die Ausgleichskassen als Versicherungsträgerinnen angesehen werden können. Das formelle Versicherungsverhältnis umspannt daher den Versicherten und die zuständige Ausgleichskasse.

2. Die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung

Das subjektive öffentliche Recht auf Leistungen der Sozialversicherung als Gegenstand des Leistungsverhältnisses ist das Korrelat zu den öffentlich-rechtlichen Pflichten als Gegenstand des Verpflichtungsverhältnisses. Diese zwischen Versicherten und Versicherungsträgern bestehende Rechtsbeziehung wird von einem dritten Rechtsverhältnis überdacht. Dieses besteht vorerst zwischen den gleichen Rechtssubjekten, auf Grund dessen der Versicherte neben seinen allfälligen Rechten auch gewisse Pflichten hat und der Versicherungsträger seinerseits deren Erfüllung verlangen muss. In dieses dritte Rechtsverhältnis kann aber noch eine dritte Person kraft gesetzlicher Bestimmung eintreten, die dann — analog der Stellung eines Versicherungsnehmers in einer privaten Versicherung zugunsten Dritter — Beiträge zu erbringen und daneben noch andere Pflichten zu erfüllen hat. Diese Drittperson ist jeweils der Arbeitgeber. Dieses dritte

[23] Binswanger, zu Art. 56, Ziff. 3, S. 232, betrachtet die Verbandsausgleichskassen als Rechtsgebilde sui generis, der Bundesrat auf S. 175 seiner Botschaft als juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Rechtsverhältnis wird vielfach mit dem Begriff Mitgliedschafts- oder Angehörigkeitsverhältnis[24] gekennzeichnet.

Auf Grund des Leistungsverhältnisses kann der Versicherte bei Eintritt des Versicherungsfalles vom Versicherungsträger die gesetzlich statuierten Versicherungsleistungen fordern. Das Verpflichtungsverhältnis als Kehrseite des Leistungsverhältnisses verpflichtet den Versicherungsträger zur Erbringung dieser gesetzlich bestimmten Versicherungsleistungen. Das Mitgliedschaftsverhältnis endlich auferlegt dem Versicherten oder einem Dritten, d. h. dem Arbeitgeber, oft aber auch beiden zusammen, bestimmte Pflichten, so die Vornahme gewisser gesetzlich vorgeschriebener Handlungen oder die Beitrags-, bzw. Prämienzahlung, und berechtigt anderseits den Versicherungsträger, die Erfüllung dieser Pflichten zu verlangen[25]. Leistungs-, Verpflichtungs- und Mitgliedschaftsverhältnis zusammen bilden das materielle Versicherungsverhältnis.

Wir müssen es uns versagen, auf die Relation zwischen diesen verschiedenen Rechtsverhältnissen einzugehen. Für uns ist lediglich die Feststellung wichtig, ob ein Versicherter bei Vorliegen der gesetzlichen Vor-

---

[24] Stelzig, S. 38. Zwischen Versicherungsträger und Unternehmer des versicherten Betriebes besteht nach ihm ein Rechtsverhältnis, das er als Mitgliedschaftsverhältnis bezeichnet. Aus ihm entsteht die Verpflichtung zur Beitragsleistung. Das Mitgliedschaftsverhältnis besteht nicht zu eigenen Gunsten, sondern zugunsten Dritter. Auf die Versicherungsleistungen hat ein Aussenstehender Anspruch. Dieser Anspruch ist aber abhängig vom Bestehen des Mitgliedschaftsverhältnisses der Unternehmer. Das Recht des Versicherten in der Unfallversicherung ist demnach ein Mitgliedschaftsrecht und zwar ein Recht aus fremder Mitgliedschaft. — Diese Ausführungen hinsichtlich der deutschen Unfallversicherung können mutatis mutandis auf die schweizerische Unfallversicherung, soweit dieselbe die Betriebsunfälle betrifft, übertragen werden. Hinsichtlich der Nichtbetriebsunfälle und der AHV für unselbständig Erwerbende haben wir ein gemischtes Rechtsverhältnis, nämlich eine Versicherung zugunsten Dritter und zu eigenen Gunsten. In der MV fehlt überhaupt jede Rechtsbeziehung zu einem Dritten. Ja, dort erbringt nicht einmal der Versicherte selbst irgendwelche Prämien oder Leistungen.

[25] Man könnte sich fragen, ob das Mitgliedschaftsverhältnis nicht mit dem formellen Versicherungsverhältnis, dem Versichertenstatus, identisch ist. Diese Frage ist u. E. deshalb zu verneinen, weil eine Person versichert sein kann, ohne dass sie bereits die dem Mitgliedschaftsverhältnis eigenen Pflichten hätte oder der Arbeitgeber schon Subjekt des Versicherungsverhältnisses, also z. B. beitragspflichtig, wäre. So ist eine in der Schweiz wohnende natürliche Person schon vor Aufnahme der Erwerbsfähigkeit gemäss AHVG versichert. — Mit Rücksicht auf das Wesen des Status könnte aber vielleicht von einem Mitgliedschaftsverhältnis im weiteren Sinn gesprochen werden, da ja schliesslich der Versichertenstatus die Zugehörigkeit zum Kreis der versicherten Personen bedeutet. Indessen wäre dies von keinem praktischen Nutzen für unsere Aufgabe, weshalb davon abgesehen wird.

aussetzungen ein subjektives öffentliches Recht auf Versicherungsleistungen erwirbt oder nicht.

Entsprechend unserer früheren Definition[26] und theoretischen Erörterungen können wir im Sozialversicherungsrecht das *subjektive öffentliche Recht als ein bei Vorliegen des Versichertenstatus und Eintritt des Versicherungsfalles ipso iure entstandenes und klagbares Recht des Versicherten gegenüber dem Versicherungsträger auf die gesetzlich bestimmten Leistungen der Sozialversicherung* definieren.

Es ist also im Sozialversicherungsrecht überall da anzutreffen, wo dem Versicherten ein Recht gegen den Versicherungsträger auf die aus dem versicherten Tatbestand sich ergebenden Leistungen kraft gesetzlicher Bestimmung zuerkannt wird, das er gerichtlich durchsetzen kann[27]. Dieses Recht des Versicherten schliesst dabei das freie Ermessen des Versicherungsträgers in der Entscheidung über die Frage der Ausrichtung oder Verweigerung der Leistungen aus[28].

Damit können wir dazu übergehen, abzuklären, wann und auf welche Leistungen der Sozialversicherung der Versicherte ein subjektives öffentliches Recht erwirbt:

a) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der obligatorischen Unfallversicherung

Der Rechtsgrund für die Entstehung eines subjektiven öffentlichen Rechts ist das Gesetz, Voraussetzung hierzu das Vorliegen des Versichertenstatus und Bedingung der Eintritt des versicherten Ereignisses. Vor Eintritt des Versicherungsfalles hat ein Versicherter m. a. W. ein nur bedingtes Recht auf Leistungen der SUVAL.

Das versicherte Ereignis ist gemäss Art. 67 KUVG ein Betriebs- oder Nichtbetriebsunfall[29], welcher eine Krankheit, Invalidität oder den Tod zur Folge hat. Mit dem Eintritt einer dieser Versicherungstatbestände erwirbt der Versicherte oder seine Hinterlassenen ipso iure ein Recht auf die gesetzlich vorgesehenen Versicherungsleistungen.

---

[26] Siehe S. 28.
[27] Siehe S. 28.
[28] Siehe S. 31/32; Voraussetzung ist, dass über das Vorliegen eines versicherten Ereignisses kein Zweifel besteht.
[29] Ueber den Unfallbegriff s. u. a. Piccard, S. 14 u. ff.; Lauber, S. 238 und 297, wonach der Unfall die plötzliche schädigende Einwirkung eines mehr oder weniger ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper darstellt.

Gemäss Art. 73 hat der Versicherte «Anspruch» auf Krankenpflege[30], der mit dem Zeitpunkt des Unfalles, welcher eine Krankheit zur Folge hat, entsteht und erst erlischt, wenn diese geheilt ist, die Krankenpflege durch eine Invalidenrente ersetzt wird oder der Tod eintritt.

Mit dem dritten Tag nach dem Tage des Unfalles erwirbt der Versicherte einen «Anspruch» auf Krankengeld[31]. Dieser erlischt unter den gleichen Voraussetzungen wie derjenige auf Krankenpflege (Art. 74).

Der Versicherte erhält in Anwendung von Art. 76 eine Invalidenrente, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung ein namhafte Besserung des Gesundheitszustandes nicht erwartet werden kann und der Unfall eine voraussichtlich bleibende Erwerbsunfähigkeit hinterlässt[32]. Dieser «Anspruch» entsteht mit dem Tag der Invaliditätserklärung und erlöscht mit der Wiedererlangung der vollen Erwerbsfähigkeit oder mit Eintritt des Todes. Er wird modifiziert, wenn eine wesentliche Aenderung in der Erwerbsfähigkeit eingetreten oder für die Zukunft bei Wiederaufnahme der ärztlichen Behandlung zu erwarten ist gemäss Art. 80/81.

Auf eine Hinterlassenenrente hat in erster Linie der überlebende Ehegatte «Anspruch»[33]. Dieser entsteht für eine Witwe mit dem Tod ihres versicherten Ehemannes[34] und erlischt mit ihrem Tod oder mit dem Tag der Wiederverehelichung. Der Witwer einer versicherten Ehefrau erwirbt

---

[30] Die Krankenpflege umfasst die Gewährung von ärztlicher Behandlung und Arzneien und anderer zur Heilung dienlicher Mittel und Gegenstände, sowie Ersatz der Reisekosten. Ziel ist die Wiederherstellung der durch den Unfall gestörten physischen und psychischen Integrität des Verletzten im Masse des Erreichbaren und mit geringmöglichstem Aufwand; vgl. Waser, S. 59 u. ff.

[31] Das Krankengeld wird nach der Höhe des Lohnes des Versicherten berechnet und beträgt 80 % des Verdienstes. Ein Tagesverdienst von mehr als Fr. 26.— (Abgeänderte Fassung gemäss BG betr. Ergänzung und Abänderung des BG vom 13. 6. 1911 vom 17. 12. 1947, BBl. 1947, III., S. 928; gemäss einem im Entwurf liegenden BG soll dieser Ansatz auf Fr. 30.— erhöht werden) wird nicht mehr berücksichtigt. Das Krankengeld stellt einen teilweisen Ersatz des durch Unfall entgehenden Lohnes dar.

[32] Sie beträgt bei gänzlicher Erwerbsunfähigkeit 70 % des Jahresverdienstes des Versicherten, wobei ein jährlicher Verdienst von über Fr. 7800.— (Abgeänderte Fassung gemäss BG betr. Ergänzung und Abänderung des BG vom 13. 6. 1911 vom 17. 12. 1947; gemäss Entwurf soll der Ansatz auf Fr. 9000.— erhöht werden) nicht berücksichtigt wird.

[33] Sämtliche Hinterlassenen zusammen erhalten nicht mehr als 60 % des Jahresverdienstes des Versicherten. Im übrigen ist die Höhe der Rente nach dem Verwandtschaftsgrad zum Versicherten abgestuft (Art. 84 u. ff.).

[34] Um Missbräuchen zuvorzukommen, hat das Gesetz in Art. 84 Abs. 2 u. E. mit Recht bestimmt, dass eine Ehe v o r d e m U n f a l l verkündet sein muss. Im übrigen erwirbt ein rechtskräftig geschiedener oder getrennter Ehegatte nur dann Anspruch auf Hinterlassenenrente, wenn der Versicherte dem überlebenden Ehegatten gegenüber unterhaltspflichtig war.

den «Anspruch» mit dem Tod seiner Gemahlin nur unter der Voraussetzung, dass er dauernd erwerbsunfähig ist. Er entsteht innerhalb der nächsten fünf Jahre, sofern erst innert dieses Zeitraumes die dauernde Erwerbsunfähigkeit eintritt. Der unter dieser Voraussetzung entstandene «Anspruch» erlischt mit dem Tod oder der Wiederverheiratung des Witwers.

Neben dem überlebenden Ehegatten erwerben die Kinder[35] mit dem Tod des versicherten Elternteils «Anspruch» auf Ausrichtung der gesetzlich festgelegten Rente. Dieser erlischt grundsätzlich mit der Erfüllung des 16. Altersjahres[36]. Eine Ausnahme lässt das Gesetz bei dauernd erwerbsunfähigen Kindern zu, deren Anspruch bis zum 70. Jahr nach der Geburt des Versicherten weiterläuft.

Zu den Hinterlassenen des Verstorbenen, die grundsätzlich einen «Anspruch» auf die gesetzlich fixierten Renten ebenfalls erwerben können, zählt das Gesetz auch die Aszendenten und Geschwister. Sofern «Ansprüche» des überlebenden Ehegatten und der Kinder mit solchen von Aszendenten konkurrieren, greift Art. 87 Platz in Verbindung mit 84—86, wobei als Grundsatz gilt, dass die Hinterlassenenrenten zusammen den Betrag von 60 % des Jahresverdienstes des Versicherten nicht übersteigen dürfen[37]. Der «Anspruch» der Aszendenten dauert lebenslänglich und erlischt erst mit dem Tod. Jener der Geschwister geht mit der Erreichung des 16. Altersjahres unter.

Die Hinterlassenen erwerben den «Anspruch» auf die Rente ipso iure als e i g e n e s Recht mit dem Tod des Versicherten[38], aber gestützt auf den Versichertenstatus des Verstorbenen. Das Recht auf Hinterlassenenrente ist ein solches auf wiederkehrende Leistung.

---

[35] Hinsichtlich der Ansprüche von angenommenen, ehelich erklärten und ausserehelichen Kindern s. Art. 85 Abs. 2, 3 und 4.

[36] Gemäss dem im Entwurf liegenden BG allgemein das 18. Altersjahr, für in Ausbildung begriffene Waisenkinder das 20. Altersjahr.

[37] Im Gegensatz zum MVG schliesst also die Anspruchsberechtigung der Kinder die Rechte der entfernteren Verwandten nicht aus, sodass also z. B. neben einem Kind und dem überlebenden Ehegatten, welche zusammen 45 % des Jahresverdienstes des Versicherten als Hinterlassenenrente beziehen, auch der noch lebende Vater des Verstorbenen 15 % erhält, Art. 84, 85, 86 in Verb. mit Art. 87.

[38] Schon im Privatversicherungsrecht erwerben die Begünstigten beim Eintritt des Versicherungsfalles ein eigenes Recht auf die Versicherungsleistungen gemäss Art. 78 VVG. Um so mehr tritt diese Rechtsfolge im öffentlichen Recht ein, weil hier mit dem Tod des Berechtigten in der Regel keine Sukzession, sondern nur der Untergang eines Rechtsverhältnisses eintritt.

Der Gesetzgeber verwendet in allen diesen Fällen ausnahmslos den Begriff «Anspruch». Es stellt sich die Frage, ob darunter nicht subjektive öffentliche Rechte im Sinne unserer Definition zu verstehen sind. Dies ist zu bejahen, wenn sich die von uns als wesentlich erkannten Elemente darin vorfinden.

Rechtsgrund für die Entstehung und den Untergang obiger Ansprüche ist also immer das Gesetz. Damit wäre das erste Requisit für die Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts gegeben.

Diese Ansprüche beinhalten ferner Rechte auf gesetzlich bestimmte Leistungen gegenüber der SUVAL als Versicherungsträgerin, welche den Versicherten selbst oder ihren Hinterlassenen p e r s ö n l i c h zustehen, sie sind also m. a. W. s u b j e k t i v e Rechte auf Leistungen gegen die Versicherungsträgerin.

Gemäss Art. 120 KUVG hat jeder Kanton ein einziges Gericht als erste Instanz zu bezeichnen, welches u. a. die Streitigkeiten zwischen einem Versicherten oder einem Dritten und der Anstalt oder einer Kasse über die im zweiten Titel des KUVG bestimmten Versicherungsleistungen behandelt.

Gegen die Entscheide der kantonalen Versicherungsgerichte kann beim EVG als letzter Instanz Berufung eingelegt werden gemäss Art. 122.

Durch den Erlass dieser organisatorischen Bestimmungen und die Errichtung besonderer Verwaltungsgerichte hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die als subjektive öffentliche Rechte zu qualifizierenden Ansprüche auch gerichtlich erzwungen werden können. Das Moment der Klagbarkeit scheint damit bei sämtlichen obenerwähnten Ansprüchen grundsätzlich vorhanden zu sein.

Voraussetzungen für einen möglichen Weiterzug eines Entscheides der Anstalt ist aber in jedem Fall, dass es sich gegebenenfalls um ein subjektives öffentliches Recht und nicht bloss um ein Reflexrecht handelt. Ein solches könnte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gerichtlich geltend gemacht werden, da dessen Gewährung oder Verweigerung im freien Ermessen der Verwaltung liegt. Ermessensentscheide können bekanntlich vom Gericht regelmässig nicht mehr überprüft werden [39].

Ueber den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich der Auslegung der soeben behandelten Versicherungsleistungen kann nun angesichts des Wortlautes der einschlägigen Bestimmungen u. E. kein Zweifel herrschen.

[39] Vgl. statt Vieler: Fleiner, Verwaltungsrecht, S. 257.

Wenn — um nur ein Beispiel zu nennen — Art. 73 bestimmt, dass vom Zeitpunkt des Unfalles an und für die Dauer der sich daraus ergebenden Krankheit der Versicherte Anspruch auf ärztliche Behandlung, Arznei etc. hat, so geht daraus hervor, dass dem Verunfallten diese Leistungen auf jeden Fall zukommen müssen, es also nicht im Belieben und Ermessen der Anstalt liegt, ob sie dem Berechtigten Leistungen gewähren will oder nicht. Dasselbe lässt sich hinsichtlich des Krankengeldes, der Invaliden- und Hinterlassenenrenten wie auch der Bestattungsentschädigung feststellen. Die SUVAL hat darnach nur zu prüfen, ob ein Versicherungstatbestand vorliegt und die zur Entstehung des entsprechenden Anspruches geforderten Voraussetzungen gegeben sind, um daraus ihre Leistungspflicht folgern zu können oder nicht. Ihr Prüfungsrecht ist also in diesem Sinn eng begrenzt und umfasst keinesfalls die Frage, ob sie bei Vorliegen aller vom Gesetz zur Entstehung eines Anspruchs geforderten Voraussetzungen vom Standpunkt des Gemeinwohles aus Leistungen gewähren will oder nicht.

Nachdem also das freie Ermessen ausgeschlossen ist und auch die übrigen wesentlichen Voraussetzungen in allen diesen Fällen gegeben sind, müssen die vom Gesetz als «Ansprüche» bezeichneten Rechte auf Krankenpflege, Krankengeld, Invaliden- und Hinterlassenenrente sowie auf Bestattungsentschädigung in Wirklichkeit als echte subjektive öffentliche Rechte betrachtet werden [40].

Unter den Versicherungsleistungen, welche die SUVAL ausrichtet, sind noch die Kapitalabfindung und der Rentenauskauf zu erwähnen. Es stellt sich die Frage, ob der Versicherte oder die Hinterlassenen auch hierauf ein subjektives öffentliches Recht besitzen.

Die Möglichkeit der Kapitalabfindung gemäss Art. 82 wurde zur wirksamen Bekämpfung der Versicherungsneurosen geschaffen [41]. Ob an Stelle der bisherigen Versicherungsleistungen eine Kapitalabfindung treten soll, liegt nach dem Wortlaut des Gesetzes im Ermessen der Anstalt. Sie kann prüfen, ob von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung eine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten nicht erwartet wer-

---

[40] Gl. M. z. B. Waser, S. 59 u. ff.

[41] Die Höhe der Abfindung entspricht dem Barwert einer gleichbleibenden oder sinkenden Rente für höchstens drei Jahre, berechnet auf der Grundlage des bisherigen Jahresverdienstes des Versicherten nach seinen gesundheitlichen Verhältnissen und dem Grade seiner Erwerbsunfähigkeit im Zeitpunkt der Abfindung.

den kann und ob die Annahme begründet ist, dass der Versicherte nach Erledigung seiner Rechte und bei Wiederaufnahme der Arbeit die Erwerbsfähigkeit wieder zurückerlangt. Diese Bestimmung wurde also im Interesse der SUVAL, welche das Gesamtwohl zu berücksichtigen hat, in das Gesetz aufgenommen. Sie hat hier eine ziemliche Entscheidungsfreiheit, indem die zukünftige Entwicklung nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, sondern nur mit einer begründeten Annahme muss beurteilt werden können. M. a. W. spielt das freie Ermessen des Verwaltungsbeamten eine grosse Rolle, weshalb es sich u. E. nicht um ein subjektives öffentliches Recht des Versicherten handeln kann [42].

Gemäss Art. 95 k a n n die Anstalt jederzeit eine Invaliden- oder Hinterlassenenrente nach ihrem Barwert auskaufen, wenn die Monatsrate weniger als zehn Franken beträgt oder wenn der Berechtigte seit mindestens einem Jahr im Auslande wohnt. Auch hier steht es im Belieben der Anstalt, ob sie einen Auskauf vornehmen will oder nicht. Von einem subjektiven öffentlichen Recht kann ebenfalls keine Rede sein.

b) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der Militärversicherung

Gleich wie in der obligatorischen Unfallversicherung besitzt eine Militärperson mit dem Erwerb des Versichertenstatus erst ein bedingtes Recht auf Leistungen der Militärversicherung.

Die Bedingung ist der Eintritt des Versicherungsfalles, d. h. des Erleidens einer Gesundheitsschädigung. Für die Gewährung von Geldleistungen ist das Erleiden eines wirtschaftlichen Schadens, welcher mit der wegen des Dienstes erlittenen Gesundheitsschädigung im Zusammenhang stehen muss, Bedingung [43].

---

[42] Siehe S. 32; vgl. auch JZ 34, S. 89.

[43] Ueber die Art des Zusammenhanges geben die Art. 4—6 MVG Auskunft. Art. 4 fordert einen z e i t l i c h e n Zusammenhang, statuiert also für die dienstlichen Gesundheitsschädigungen allgemein das sogenannte Komtemporaneitätsprinzip, das auf der gesetzlichen Vermutung beruht, dass bei bestehendem zeitlichem Zusammenhang der ursächliche gegeben sei; gl. M. Althaus, S. 198; Art. 5 und 6 verlangen einen s a c h l i c h e n, bzw. u r s ä c h l i c h e n Zusammenhang und stellen demzufolge für die vordienstlichen und nachdienstlichen Gesundheitsschädigungen das Kausalitätsprinzip auf; vgl. hierüber auch Botschaft, S. 107 u. ff. Darin unterscheidet sich das neue MVG wesentlich vom aMVG, das in der Hauptsache das Kontemporaneitätsprinzip statuiert hatte, was zu grossen Unzukömlichkeiten geführt hatte und der Revision des MVG rief; vgl. Kistler S. 42 oder auch Silberroth: «Warum befriedigt die Praxis der MV nicht?»

Subjektive öffentliche Rechte auf Leistungen der MV sind aus den schon im KUVG angestellten Ueberlegungen in folgenden Fällen anzunehmen, obwohl der Gesetzgeber auch hier stets den Begriff «Anspruch» verwendet:

Bei Eintritt einer Gesundheitsschädigung hat der Versicherte «Anspruch» auf Krankenpflege [44] gemäss den Art. 16 und 17. Dieser entsteht unabhängig von der Anmeldung [45] mit dem Tag des Erleidens der Gesundheitsschädigung. Die entsprechende Leistungspflicht beginnt mit dem Tag des ärztlich festgestellten Eintritts dieser Schädigung. Der Anspruch dauert zeitlich ununterbrochen solange, als der Versicherte gemäss Art. 16, Ziff. 2 der Behandlung bedarf.

Der «Anspruch» auf das Krankengeld entsteht kraft Gesetzes bei Erleiden einer Verdiensteinbusse infolge einer versicherten Gesundheitsschädigung gemäss Art. 20 [46]. Die Höhe ist gesetzlich festgelegt [47]. Der Anspruch erlischt mit der Wiedererlangung der vollen Gesundheit, der Ausrichtung einer Invalidenpension gemäss Art. 23 oder dem Tod des Versicherten.

Hinterlässt die versicherte Gesundheitsschädigung eine voraussichtlich bleibende Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, welche eine Verdiensteinbusse zur Folge hat, so besitzt der Versicherte ein auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in seiner Höhe gesetzlich fixiertes Recht auf Ausrichtung einer Invalidenpension [48]. Hier ist — gleich wie hinsichtlich der soeben er-

---

[44] Darunter werden wie im KUVG ärztliche Behandlung, Gewährung von Arzneien und anderer zur Heilung oder Verbesserung der Arbeitsfähigkeit dienenden Mittel und Gegenstände, sowie Ersatz für allfällige früher bereits gemachte Aufwendungen für die Krankenpflege verstanden. Die Pflege erfolgt je nach der Lage des Falles gemäss Entscheid der MV zu Hause (Hauspflege) oder in einer Anstalt (Anstaltspflege). Bei der Hauspflege besitzt der Versicherte grundsätzlich ein Recht auf freie Arztwahl. Ueber die Wahl der Anstalt entscheidet unter billiger Berücksichtigung der Wünsche des Versicherten, gegebenenfalls seiner Angehörigen, grundsätzlich die MV.

[45] Das aMVG hatte im Falle der Verletzung der Anmeldepflicht den Verlust der Leistungen der MV angedroht. Ueber das neue MVG vgl. auch Botschaft des BR S. 113/114.

[46] Siehe Botschaft des BR an BVer vom 22. 9. 47, S. 118: «Solange keine Verdiensteinbusse vorliegt, besteht daher auch kein Anspruch auf Krankengeld»; siehe auch Du Pasquier, SJK, 883, Ziff. II., 1.

[47] Das Krankengeld beträgt bei gänzlicher Erwerbsunfähigkeit 80 % für Ledige ohne Unterstützungspflicht, 85 % für Ledige mit Unterstützungspflicht und Verheiratete ohne Kinder und 90 % für Verheiratete mit Kindern des entgehenden Verdienstes einschliesslich regelmässiger Nebenbezüge. Der Verdienst wird bis zum Maximum von Fr. 35.— pro Tag, Fr. 210.— pro Woche, Fr. 900.— pro Monat und Fr. 11 000.— pro Jahr berücksichtigt (Art. 20).

[48] Der Ansatz ist gleich wie beim Krankengeld gemäss Anm. 47.

wähnten Ansprüche — ebenfalls ein subjektives öffentliches Recht anzuerkennen.

Für schwere Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität wird, auch wenn sie keine Erwerbseinbusse zur Folge hat[49], ebenfalls eine Pension gewährt. Die Festsetzung der Pension liegt aber im billigen Ermessen der MV. Sie kann auch jederzeit von Amts wegen oder auf Begehren des Versicherten ausgekauft werden. Mit Rücksicht auf die hier der MV eingeräumte Entscheidungsfreiheit haben wir es u. E. nicht mit einem subjektiven öffentlichen Recht, sondern lediglich einem Reflexrecht zu tun (Art. 25).

Stirbt der Versicherte an den Folgen einer versicherten Gesundheitsschädigung, so erwerben die in Art. 28, Ziff. 3 aufgezählten Verwandten «Anspruch» auf Ausrichtung der Bestattungsentschädigung[50] und u. U. auf Gewährung einer Hinterlassenenpension[51] gemäss Art. 29 u. ff.

Wie in der obligatorischen Unfallversicherung ist dieser «Anspruch» bis zum Tod des Versicherten bedingt und entsteht dann als eigenes Recht der Hinterlassenen gestützt auf den Versichertenstatus, den der Verstorbene innehatte.

Im Gegensatz zur Regelung im KUVG besitzen im MVG nicht alle Begünstigten, welche zu den Hinterlassenen des Verstorbenen gezählt werden, einen Anspruch im Sinn eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Versicherungsleistungen[52]. Ein solches erwerben nur der überlebende Ehe-

---

[49] Vgl. hierzu Du Pasquier, SJK, 883, Ziff. III., 3; im KUVG wird jedoch eine Erwerbseinbusse zur Voraussetzung gemacht.

[50] Sie beträgt Fr. 500.—, event. Fr. 1000.— bei ziviler Beerdigung gemäss Art. 28.

[51] Die Hinterlassenenpensionen sind nach dem Verwandtschaftsgrad abgestuft. Pensionsberechtigt ist zunächst der überlebende Ehegatte. Er erhält maximal 40% des Jahresverdienstes des Verstorbenen. Daneben erhalten die Kinder selbständige Pensionen, wobei ein Halbwaise 20%, zwei Halbwaisen zusammen 30% und drei und mehr Halbwaisen 35% des Jahresverdienstes des Verstorbenen erhalten. Vollwaisen beziehen 25%, alle Vollwaisen zusammen maximal 75%. Ehegatten und Kinder zusammen kommen in den Genuss der Maximalquote von 75%. Bei Fehlen von Kindern wird an die Eltern unter den vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen eine Pension ausgerichtet. Dabei erhalten Mutter und Vater zusammen 40% oder ein Elternteil allein 25%. Ist jedoch der überlebende Ehegatte da, so fallen an die Eltern zusammen nur 35%. An die Stelle von verstorbenen Eltern treten die Geschwister und nach deren Wegfall die Grosseltern, sofern ein Bedürfnis nachgewiesen wird (Art. 29 in Verb. mit Art. 30, 33—35).

[52] Der Besitz des Schweizerbürgerrechts ist für die anspruchsberechtigten Hinterlassenen nicht mehr Voraussetzung; siehe Du Pasquier, SJK, 884, II, A., 2.

gatte[53] und die Kinder[54]. Die Aszendenten und Geschwister des Verstorbenen erhalten gemäss Art. 34, Ziff. 1 u. Art. 35, Ziff. 2 demgegenüber nur dann eine Pension, wenn ein Bedürfnis vorliegt. Während die Pension des überlebenden Ehegatten und der Kinder am Tag nach dem Todestag des Versicherten beginnt und von Amts wegen festgesetzt wird, haben die Aszendenten und Geschwister ihren Anspruch auf eine Pension gemäss Art. 29, Ziff. 3 mit einem schriftlich begründeten Gesuch geltend zu machen. Zutreffendenfalls liegt es dann im Ermessen der MV, ob sie den Gesuchstellern eine Pension ausrichten will[55]. Diese Personen erwerben daher kein subjektives öffentliches Recht. Wird ihnen eine Pension ausgerichtet, so haben wir es mit einem Reflexrecht zu tun[56].

Zur Frage des Auskaufs und der Abfindung gemäss Art. 37 und 38 ist dasselbe wie im KUVG zu bemerken. Sofern eine Invalidität nicht mehr als 10 % beträgt oder der Versicherte seit mindestens einem Jahr im Ausland wohnt, liegt es im Ermessen der MV, ob sie einen solchen Pensionsfall auskaufen will oder nicht. Ebenso kann sie entscheiden, ob sie die bisherigen Leistungen durch eine Abfindungssumme ablösen will. Von einem subjektiven öffentlichen Recht des Pensionsberechtigten auf Auskauf oder Abfindung kann bei dieser Rechtslage keine Rede sein.

Dagegen ist ein subjektives öffentliches Recht auf Vergütung der Sachschäden (Sachleistungen) gemäss Art. 8, Ziff. 2 und Art. 14 anzunehmen[57].

---

[53] Darunter fallen auch die Witwer der als FHD versicherten Frauen; vgl. Du Pasquier, SJK, 884, II, B., 1. Bei Konkurrenz zwischen dem ehemaligen Ehegatten und dem Ehegatten erfolgt Teilung der Pension, siehe Art. 30.

[54] Darunter fallen die ehelichen Kinder, auch die nachgeborenen, die ehelich erklärten Kinder (Art. 258 und 260 ZGB), die vor Entstehung des Rechts des Verstorbenen auf Versicherungsleistungen angenommenen Kinder, die ausserehelichen Kinder (auch die Kinder einer FHD), wobei Voraussetzung ist, dass der Verstorbene für die Kinder tatsächlich gesorgt hat (Du Pasquier, SJK, 884, II, C., 1), die Kinder des Ehegatten des Verstorbenen und die übrigen Kinder, für welche der Verstorbene schon vor Beginn seines Anspruches auf Versicherungsleistungen gesorgt hat. Im Gegensatz zum aMVG erwerben die Kinder heute ein selbständiges, nicht nur subsidiäres Recht auf Pensionsleistungen, was zu begrüssen ist; vgl. Art. 35 in Verb. mit Art. 36 aMVG und Art. 31 MVG 1949.

[55] Siehe Du Pasquier, SJK, 884, II, A., 7.

[56] Vgl. z. aMVG: Senn, S. 58: «Bei der MV sind die Unterstützungen, die den Aszendenten und Geschwistern nur für den Bedürfnisfall gewährt werden, keine subjektiven öffentlichen Rechte, sondern nur Reflexrechte.» Da auch im neuen Recht die Bedürfnisklausel aufgestellt wurde, ist auch hier nur ein Reflexrecht vorhanden. Es ist aber zu beachten, dass im neuen Recht bei den Eltern das Bedürfnis vermutet wird, nicht aber bei den Geschwistern und Grosseltern; vgl. hierzu Du Pasquier, SJK, 884, II., D., 2, und E., 2.

[57] Sachschäden sind versichert, sofern sie in einem engen und unmittelbaren Zusammenhang mit einer versicherten Gesundheitsschädigung stehen.

Auf die in Art. 39 und 40 unter dem Titel Nachfürsorge vorgesehenen Versicherungsleistungen hat der Versicherte u. E. nur ein Reflexrecht[58]. Die Botschaft[59], welche diesbezüglich von einer Umschulungspension sprach, betrachtete diese als nur fakultative und nicht als obligatorische Leistungsart. Obwohl sich der Wortlaut im definitiven Gesetzestext zum Unterschied von demjenigen im Gesetzesentwurf, welcher den Eidgenössischen Räten vorgelegt wurde, einer imperativeren Form[60] bedient, ist mit Rücksicht auf das Marginale (Nachfürsorge), die Fassung und den Sinn und Zweck dieser Bestimmung auf ein Reflexrecht zu schliessen.

Diese Ansprüche sind, soweit sie subjektive öffentliche Rechte darstellen, ebenfalls gerichtlich erzwingbar. Gegen die auf Grund des MVG erlassenen Verfügungen der MV können nämlich die Anspruchsberechtigten innert sechs Monaten seit Zustellung des Entscheides beim zuständigen kantonalen Versicherungsgericht Klage erheben und gegen ein solches Urteil innert dreissig Tagen beim EVG Berufung einlegen gemäss Art. 55 in Verb. mit Art. 57. Damit ist auch hier die Ueberprüfung durch unabhängige Verwaltungsgerichte gewährleistet[61], woraus sich wieder der indirekte Schluss auf die gesetzliche Gebundenheit der Verwaltung ergibt[62].

c) Die subjektiven öffentlichen Rechte in der Alters- und Hinterlassenenversicherung

Mit dem Besitz des Versichertenstatus gemäss AHVG besitzt dessen Träger lediglich ein bedingtes Recht auf Leistungen der AHV. Beim Eintritt einer der in Art. 21--28 aufgezählten Versicherungsfälle entsteht erst

---

[58] Die Nachfürsorge greift Platz, wenn der Versicherte nach längerer Behandlung ohne eigenes Verschulden seine Arbeitsfähigkeit nicht verwerten kann und nicht im Genusse der Arbeitslosenversicherung steht oder wenn eine Umschulung des Versicherten in einem neuen Beruf notwendig wird (Art. 39, 40).

[59] S. 127.

[60] Im Entwurf hiess es noch: «In besonders geeigneten Fällen k a n n die MV von sich aus Beiträge zu einer beruflichen Umschulung des Versicherten in Form von zeitlich befristeten Umschulungspensionen leisten. Einem Gesuch des Versicherten um Ausrichtung einer Umschulungspension soll in der Regel entsprochen werden, wenn eine bedeutende Erwerbsunfähigkeit des Gesuchstellers in seiner bisherigen Erwerbstätigkeit besteht und sich nach dem Urteil der Sachverständigen eine wesentlich grössere Erwerbsfähigkeit in einem seinen natürlichen Fähigkeiten entsprechenden andern Beruf voraussehen lässt (Art. 39 des Entw.).

[61] Hinsichtlich des alten Rechts vgl. Art. 55 MVG 1914. Demgegenüber war im Entwurf zum neuen MVG eine Rekurskommission in Militärversicherungssachen (Art. 54) vorgesehen.

[62] Siehe S. 31/32.

das Leistungsverhältnis und damit der Anspruch auf die gesetzlich statuierten Renten. Voraussetzungen hierzu sind jedoch folgende:

Der Versicherte muss vor allem während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet haben, damit er oder seine Hinterlassenen in den Genuss von ordentlichen Renten kommen können, Art. 29 [63]. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so richtet die Ausgleichskasse lediglich Uebergangsrenten aus, auf deren Rechtsnatur wir später zu sprechen kommen.

Schweizerbürger, die im Zeitpunkt des Rentenfalles nicht mehr der Versicherung angehören, also den Versichertenstatus nicht mehr besitzen, erwerben ein Recht auf die dem Tatbestand entsprechenden Renten, wenn sie die Beiträge während mindestens eines Jahres gemäss Art. 29, Ziff. 1 entrichtet haben [64]. Dasselbe gilt für die Rentenberechtigung ihrer Hinterlassenen.

Ausländer, deren Heimatstaat den dort lebenden Schweizerbürgern und ihren Hinterlassenen nicht Vorteile bietet, die denjenigen der AHV ungefähr gleichwertig sind, sowie Staatenlose oder deren Hinterlassene erwerben ein Recht auf die entsprechenden Renten nur unter der Bedingung und nur solange, als sie ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Schweiz haben und sofern die Beiträge während mindestens zehn vollen Jahren entrichtet worden sind. Vorbehalten bleiben abweichende zwischenstaatliche Vereinbarungen [65].

Einen «Anspruch» auf die gesetzlich festgelegten Versicherungsleistungen besitzen folgende Personen unter nachfolgenden Voraussetzungen:

Mit dem ersten Tag des der Vollendung des 65. Altersjahres folgenden Kalenderhalbjahres erwerben ledige, verwitwete oder geschiedene Männer und Frauen sowie Ehemänner, denen noch kein Recht auf eine Ehepaar-Altersrente zusteht, «Anspruch» auf eine einfache Altersrente [66]. Hat der Ehemann kein Recht auf eine ordentliche Rente, so kann unter bestimm-

---

[63] Ein volles Beitragsjahr liegt vor, wenn der Versicherte zwischen dem ersten Tag des der Vollendung des 20. Altersjahres folgenden Kalenderhalbjahres und dem letzten Tag des Kalenderhalbjahres, in welchem er das 65. Altersjahr vollendet hat, insgesamt länger als 11 Monate der Beitragspflicht unterstellt gewesen ist und die entsprechenden Beiträge entrichtet worden sind gemäss Art. 50 der Vollzugsverordnung z. AHVG vom 31. 10. 1947.

[64] Gemäss BG betr. Abänderung des AHVG v. 21. 12. 50 ist der alte Art. 18 Ziff. 2 AHVG (zehnjährige Beitragsleistung) aufgehoben; vgl. hierzu Botschaft des BR v. 9. 6. 50, BBl. 1950, II., S. 193/194.

[65] Gemäss BG betr. Abänderung des AHVG v. 21. 12. 50, Art. 18, 2.

[66] Die Altersrente beträgt mindestens Fr. 480.— und höchstens Fr. 1500.— (Art. 34, Ziff. 3); die Ehepaar-Altersrente Fr. 770.— bis Fr. 2400.— gemäss Art. 35.

ten Voraussetzungen die Ehefrau eine einfache Altersrente beanspruchen. Dieser «Anspruch» erlischt mit der Entstehung eines solchen auf eine Ehepaar-Altersrente oder mit dem Tode des Berechtigten gemäss Art. 21, Ziff. 2.

Erreicht der Ehemann das 65. und die Ehefrau das 60. Altersjahr, so entsteht der «Anspruch» auf eine Ehepaar-Altersrente, wobei derselbe grundsätzlich dem Ehemann zusteht, da er gemäss Art. 160 ZGB für den Unterhalt der Ehefrau zu sorgen hat. Die Ehefrau ihrerseits hat nur dann ein selbständiges Forderungsrecht auf die Hälfte der Ehepaar-Altersrente, wenn der Ehemann für ihren Unterhalt nicht aufkommt oder wenn die Ehegatten getrennt leben. Dieser «Anspruch» entsteht am ersten Tag des der Erfüllung des 65., bzw. 60. Altersjahres folgenden Kalenderhalbjahres und geht mit der Scheidung der Ehe oder dem Tod eines Ehegatten gemäss Art. 22 unter [67].

Der «Anspruch» auf eine Witwenrente [68] entsteht für Witwen im Zeitpunkt der Verwitwung ohne Rücksicht auf ihr Alter, sofern sie beim Eintritt des Versicherungsfalles eines oder mehrere leibliche oder an Kindes Statt angenommene Kinder [69] haben. Für Witwen ohne leibliche oder an Kindes Statt angenommene Kinder entsteht der «Anspruch» auf Ausrichtung der Rente nur unter der Voraussetzung, dass sie im Zeitpunkt der Verwitwung das 40. Altersjahr zurückgelegt haben und mindestens fünf Jahre verheiratet gewesen sind [70]. Eine geschiedene Frau ist nach dem Tode ihres geschiedenen Ehemannes der Witwe gleichgestellt, sofern der Mann ihr gegenüber zu Unterhaltungsbeiträgen verpflichtet war und die Ehe mindestens zehn Jahre gedauert hatte. Dieser «Anspruch» entsteht am ersten Tag des dem Tode des Ehemannes folgenden Monats und geht mit der Wiederverheiratung, mit der Entstehung des Anspruchs auf eine einfache Altersrente oder mit dem Tod der Witwe gemäss Art. 23, Ziff. 3 unter.

---

[67] Das subjektive öffentliche Recht entsteht dabei gestützt auf den Versichertenstatus des Ehemannes, vgl. Art. 32, Ziff. 1.

[68] Die Witwenrenten werden nach Massgabe des Alters der Witwe im Zeitpunkt der Verwitwung abgestuft und betragen in Prozenten der dem massgebenden durchschnittlichen Jahresbeitrag entsprechenden einfachen Altersrente 50 bis 90% gemäss Art. 36. Sie betragen aber mindestens Fr. 375.— im Jahr.

[69] Gemäss Art. 264 u. ff. ZGB; bezüglich der beim Tod des Ehemannes schwangeren Ehefrau s. Art. 46 der Vollzugsverordnung z. AHVG v. 31. 10. 47.

[70] Bei mehreren Ehen ist die Gesamtdauer der Ehen gemäss Art. 23, Ziff. 1, lit. b, massgebend.

Erfüllt eine Witwe im Zeitpunkt der Verwitwung die oben aufgezählten Voraussetzungen nicht, so erhält sie an Stelle einer ordentlichen Witwenrente eine gemäss Art. 36, Ziff. 2 genau fixierte Abfindungssumme.

Neben den Witwenrenten richtet das Gesetz Waisenrenten aus, die je nach dem Verlust eines oder beider Elternteile als einfache Waisenrente[71] oder als Vollwaisenrente[72] bezeichnet werden (Art. 25, Ziff. 1, Art. 27, Ziff. 1 und 2 und Art. 28, Ziff. 1).

Der «Anspruch» auf eine einfache Waisenrente[73] ist zeitlich begrenzt bis zur Entstehung des Rechts auf eine Vollwaisenrente, der Vollendung des 18. Altersjahres — für die in Ausbildung begriffenen oder körperlich oder geistig gebrechlichen Kinder bis zur Erreichung des 20. Altersjahres — oder bis zum Tod der Waisen gemäss Art. 25, Ziff. 2.

Vollwaisen erwerben ihren «Anspruch» mit dem ersten Tag des dem Tode des überlebenden Elternteiles folgenden Monats und verlieren ihn mit der Vollendung des 18., event. des 20. Altersjahres oder mit dem Tod (Art. 26, Ziff. 2).

Auf die Witwen- und Waisenrenten haben die Berechtigten einen eigenen selbständigen «Anspruch». Er setzt grundsätzlich das Vorliegen des Versichertenstatus in der Person des Gatten und Vaters voraus. Nur wo dies nicht möglich ist, wird auf denjenigen der Mutter abgestellt (Art. 27, Ziff. 2 und Ziff. 3, Art. 28, Ziff. 1).

Alle diese vom Gesetzgeber als Ansprüche bezeichneten subjektiven Rechte entstehen kraft Gesetzes bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen und sollen den Berechtigten unbedingt ohne Rücksicht auf die ökonomischen Verhältnisse zustehen. Die Ausgleichskassen als Versicherungsträgerinnen haben lediglich das Vorliegen gesetzlich bestimmter Daten, wie Alter, Tod, Höhe der Beiträge etc. zu prüfen, um feststellen zu können, ob sie leistungspflichtig sind oder nicht. Den Ausgleichskassen ist also m. a. W. in der Frage der Gewährung oder Nichtgewährung von Versicherungsleistungen kein freies Ermessen eingeräumt.

Allfällig ablehnende Entscheide der Kassen könnten von den Berechtigten — und damit ist das letzte Requisit für die Annahme von subjektiven öffentlichen Rechten gegeben — in erster Instanz an die kantonalen

---

[71] Die einfache Waisenrente beträgt mindestens Fr. 145.— und höchstens Fr. 360.— im Jahr.

[72] Vollwaisen erhalten mindestens Fr. 215.— und höchstens Fr. 540.— jährlich gemäss Art. 37.

[73] Bezüglich Kinder, die erst nach dem Tod des Vaters geboren werden siehe Art. 47 der Vollzugsverordnung z. AHVG vom 31. 10. 47.

Rekursbehörden weitergezogen werden. Diese Instanzen haben von der Verwaltung unabhängig zu sein, um eine objektive Rechtssprechung zu gewährleisten (Art. 85, 1).

Gegen die Entscheide der kantonalen Rekursbehörde können die Beteiligten (und der Bundesrat) beim EVG gemäss Art. 86 Berufung einlegen.

Auf Grund dieser Erwägungen sind alle oben erwähnten Ansprüche des AHVG als echte subjektive öffentliche Rechte zu qualifizieren.

Spezieller Erwähnung bedürfen noch die Rechte der Mutterwaisen, der Pflegekinder und der Findelkinder.

Die Kinder haben grundsätzlich nur dann ein subjektives öffentliches Recht auf eine einfache Waisenrente, wenn der Vater gestorben ist. Ein gleiches Recht beim Tode der Mutter wurde nicht statuiert aus der Erwägung, dass ja der eigentliche Ernährer der Kinder, nämlich der Vater, noch lebt. Es kann aber der Fall eintreten, dass auch beim Vorversterben der Mutter den Kindern erhebliche wirtschaftliche Nachteile erwachsen. Der Bundesrat hat daher beschlossen, dass Mutterwaisen ein Recht auf eine einfache Waisenrente erhalten sollen, sofern sie wegen des Todes der Mutter auf die öffentliche oder private Fürsorge oder die Verwandtenunterstützung gemäss 328 u. ff. ZGB angewiesen sind [74]. Das Recht entsteht also nur, wenn ein Bedürfnis vorliegt. Es steht daher u. E. im freien Ermessen der zuständigen Behörden, ob sie Leistungen gewähren wollen oder nicht. Aus dieser Ueberlegung kommen wir zum Schluss, dass es sich hier nicht um ein subjektives öffentliches Recht im Sinne unserer Ausführungen, sondern lediglich um ein Reflexrecht handeln kann [75].

Gemäss Art. 28, Ziff. 3 ist der Bundesrat befugt, Pflegekinder unter bestimmten Voraussetzungen den Adoptivkindern gleichzustellen. Von dieser Befugnis hat er in Art. 49 des BRB vom 20. 4. 51 Gebrauch gemacht und bestimmt, dass Pflegekinder beim Tode der Pflegeeltern gleich wie Adoptivkinder ein Recht auf eine Waisenrente erwerben, wenn sie unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen sind.

Damit ist doch wohl, wie im Fall der Mutterwaisen, die Entstehung des Rechts an ein Bedürfnis geknüpft. Dies geht u. E. auch daraus hervor, dass das Recht nicht entsteht, wenn das Pflegekind eine ordentliche Waisen-

[74] Art. 48 der Vollzugsverordnung z. AHVG v. 31. 10. 47 in ihrer Fassung vom BRB v. 20. 4. 51.

[75] Diese Auffassung scheint auch Binswanger zu vertreten, s. zu Art. 25, Ziff. 3, S. 136/137.

rente bezieht, und erlischt, wenn das Kind zu den leiblichen Eltern oder zu den Adoptiveltern zurückkehrt oder von diesen unterhalten wird (Art. 49, Ziff. 2 des BRB v. 20. 4. 51). Trotzdem ist es nicht so einfach zu entscheiden, ob wir nun hier von einem subjektiven öffentlichen Recht oder nur von einem Reflexrecht sprechen können. Nachdem aber Pflegekinder, die beim Tode der Pflegeeltern keine ordentliche Waisenrente beziehen können, beim späteren Tod der leiblichen Eltern oder der Adoptiveltern gemäss Art. 25 bis 28 AHVG rentenberechtigt werden können, erscheint für diese Kategorie von Berechtigten mit der Zuerkennung eines blossen Reflexrechtes genügend vorgesorgt. Es ist ja nicht zu übersehen, dass die Behörden eine gewisse Entscheidungsfreiheit darüber haben, ob in einem gegebenen Fall von einer unentgeltlichen Aufnahme zu dauernder Pflege und Erziehung gesprochen werden kann. Durch diese Lösung wird auch eine Bevorzugung gegenüber den Mutterwaisen vermieden, bei welchen das Vorliegen eines blossen Reflexrechtes u. E. offensichtlicher zu Tage tritt.

Findelkinder, deren Eltern also überhaupt unbekannt sind, haben gemäss Art. 28, Ziff. 2, ein Recht auf eine Vollwaisenrente. Dieselbe wird generell auf Fr. 540.— im Jahr gemäss Art. 37, Ziff. 3, festgesetzt. Es stellt sich vorerst die Frage, auf welchen Versichertenstatus bei den Findelkindern abgestellt wird, nachdem ja die Eltern nicht in Frage kommen können. U. E. gründet sich hier das Rentenrecht auf den Status des Findlings selbst, der ja gemäss Art. 1 ebenfalls versichert ist. Eine andere Frage ist die, ob ein Findling ein subjektives öffentliches Recht oder nur ein Reflexrecht besitzt. Wir haben bereits gesehen, dass als Voraussetzung für die Entstehung eines subjektiven öffentlichen Rechts u. a. die volle Beitragsleistung während mindestens eines Jahres aufgestellt wurde. Diese Voraussetzung liegt nun hier nicht vor. Prima vista scheint also kein subjektives öffentliches Recht vorhanden zu sein. Dem kann jedoch u. E. entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber selbst das Rentenrecht der Findelkinder an keine weiteren Voraussetzungen, wie sie bei den Mutterwaisen oder den Pflegekindern aufgestellt wurden, geknüpft hat. Wir möchten daher davon ausgehen, dass hier das Gesetz im Sinne einer Ausnahme von der allgemeinen Regel ein subjektives öffentliches Recht gewähren wollte. Dies entspricht auch am ehesten der ratio legis für die Zuerkennung von Vollwaisenrenten an Findelkinder.

Uebergangsrenten werden allen jenen Versicherten, bzw. ihren Hinterlassenen ausgerichtet, welche das Schweizerbürgerrecht besitzen, in der

Schweiz wohnen und nicht mindestens einen vollen Jahresbeitrag geleistet haben, soweit drei Viertel ihres Einkommens unter Hinzurechnung eines angemessenen Teils ihres Vermögens die in Art. 42 Abs. 1 des BG betreffend die Abänderung des AHVG vom 21. 12. 1950 festgesetzten Grenzen nicht erreichen. Daraus ist zu schliessen, dass der Anspruch auf eine Uebergangsrente mit einer Bedürfnisklausel versehen ist. In der Botschaft des Bundesrates und im entsprechenden Gesetzesentwurf vom 24. 5. 1946 war denn auch von Bedarfsrenten und nicht wie in der endgültigen Fassung von Uebergangsrenten die Rede. Der Anspruch auf Ausrichtung einer Uebergangsrente ist nach unseren bisherigen Darlegungen nicht als subjektives öffentliches Recht, sondern als Reflexrecht zu qualifizieren. Dies ist auch die Auffassung des Bundesrates, wie sie in der erwähnten Botschaft niedergelegt ist[76].

Die von uns als subjektive öffentliche Rechte erkannten Ansprüche weisen alle in dem Sinn dieselben rechtlichen Eigenschaften auf, als sie bedingter oder unbedingter, betagter oder fälliger Natur sein können. Ferner können sie sich in der Hervorbringung eines einzigen Anspruchs erschöpfen oder deren eine ganze Anzahl beinhalten.

Das Recht auf Leistungen der Sozialversicherung ist dann bedingt, wenn zu dessen Vollwirkung noch das Hinzutreten eines weiteren Tatbestandselementes gefordert ist. So besitzt der im Militärdienst verunfallte Wehrmann — um nur ein Beispiel anzuführen — ein subjektives öffentliches Recht auf eine allfällige Invalidenpension. Dieses Recht ist aber — obwohl der Versicherungsfall schon eingetreten ist — noch bedingt vom Eintritt des weiteren Tatbestandselementes, dass von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung seines Gesundheitszustandes zu erwarten ist und die versicherte Gesundheitsschädigung eine voraussichtlich bleibende Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit hinterlässt. Tritt dieser Fall dann ein, so erwirbt dieser Wehrmann ein unbedingtes öffentliches Recht auf Invalidenpension.

Betagt nennen wir jene subjektiven öffentlichen Rechte, die, obwohl unbedingt, mangels Fälligkeit noch nicht gefordert werden können.

---

[76] Siehe Seite 404: «Es war daher gegeben, für diejenigen, die Beiträge entrichtet haben, das Prinzip des unbedingten Rechtsanspruches im Gesetzesentwurf zu verankern, und die Bedürfnisklausel auf jene zu beschränken, die keine Beiträge an die Versicherungsleistungen leisten werden»; vgl. auch Binswanger, a. a. O. zu Art. 42, Ziff. 2, S. 175/176: «... ein von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Rentenansprechers abhängiger Rechtsanspruch.»

Ein typisches Beispiel für ein subjektives öffentliches Recht, welches sich in der Hervorbringung eines einzigen Anspruches erschöpft, bietet dasjenige auf Ausrichtung der Bestattungsentschädigung. Die weitaus grösste Zahl von subjektiven öffentlichen Rechten der Sozialversicherung geht aber auf Ausrichtung von zeitlich wiederkehrenden Leistungen gleicher oder verschiedenartiger Natur, denken wir an das Recht auf Krankenpflege für die Dauer der Krankheit oder an dasjenige auf Auszahlung einer Rente.

Ein subjektives öffentliches Recht, welches unbedingt und fällig ist, verdichtet sich zu einem öffentlich-rechtlichen Anspruch und ist daher aktuell [77]. Dieser wird im Sozialversicherungsrecht zum Versichertenanspruch, den wir nun noch einer näheren Betrachtung unterziehen wollen.

3. Der Versichertenanspruch

Gleich wie im öffentlichen Recht im allgemeinen [78] erweitert auch der Versichertenanspruch nicht etwa den Status des Versicherten oder das aus ihm entspringende subjektive öffentliche Recht in dem Sinne, dass dessen Träger ein neues Können besässe. Der Versichertenanspruch stellt im Gegenteil — um die Formulierung G. Jellinek's wieder aufzunehmen — lediglich ein Dürfen dar, welches seinen Grund in dem durch die Sozialversicherungsgesetze verliehenen Können findet. Der Anspruch ist mit anderen Worten als eine der Funktionen des subjektiven öffentlichen Rechts in die Verfügungsmacht des Berechtigten gestellt.

Zum Beweise dafür kann folgendes angeführt werden: Das KUVG befugt die SUVAL, jede Monatsrate einer Rente, deren Zahlung nicht binnen drei Monaten seit Fälligkeit vom Berechtigten oder in dessen Namen verlangt wurde, als verwirkt zu erklären gemäss Art. 97, 1 [79]. Das MVG stellt in Art. 13 Verwirkungsfristen auf [80]. Nach Art. 46 AHVG verjährt der Anspruch auf einzelne Rentenzahlungen mit dem Ablauf von fünf Jahren seit Fälligkeit. Endlich sind in allen drei Sozialversicherungs-

---

[77] Siehe S. 29.
[78] Siehe S. 29.
[79] Ueber die rechtliche Tragweite des Absatzes 2 von Art. 97 KUVG siehe S. 98 u. ff.
[80] Das aMVG hatte noch in Art. 19 Abs. 1 festgelegt, dass der Anspruch auf das Krankengeld frühestens mit dem Tag des Abganges der Anzeige an die MV beginne; demgegenüber bringt das MVG 1949 eine wesentliche Besserung, siehe S. 49.

gesetzen bestimmte Verwirkungsfristen im Rechtsmittelverfahren zu beachten.

Da die Verwirkung als Erlöschungsgrund eines Rechts stets die Nichtvornahme einer zur Erhaltung des Rechts nötigen Handlung innert einer gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebenen Frist[81] und die Verjährung als Untergangsgrund des Klagerechts (nicht des materiellen Rechtsanspruches) die Nichtausübung eines Rechts während einer gesetzlich betimmten Zeit[82] bedeutet, ist demnach durch die Statuierung von Verwirkungs-, bzw. Verjährungsfristen in den drei Gesetzen durch den Gesetzgeber selbst gesagt, dass die Geltendmachung des Versichertenanspruchs in das Belieben des Berechtigten gestellt sein kann[83].

Der Anspruch liegt vor, wenn ein Recht fällig ist. Als Fälligkeit bezeichnet man allgemein «den Moment, in welchem der Gläubiger die Leistung verlangen und Klage auf die Leistung erheben kann»[84]. Wann der Versichertenanspruch fällig wird, ist regelmässig gesetzlich geregelt[85]. Der Versichertenanspruch hat also gleich wie der Versichertenstatus und das subjektive öffentliche Recht auf Versicherungsleistungen seinen Rechtsgrund im Gesetz und entsteht bei Eintritt des gesetzlichen Tatbestandes, nämlich der Fälligkeit des unbedingten subjektiven öffentlichen Rechts. Damit aber, dass der Versichertenanspruch ipso iure entsteht und gesetzlich abschliessend geregelt ist, gehört er ebenfalls zum öffentlichen Recht[86]. Kraft gesetzlicher Bestimmung ist aber die Geltendmachung eines solchen Anspruchs in das Belieben des Berechtigten gestellt[87].

---

[81] So von Tuhr, S. 556/557: «In zahlreichen ... Fällen erlischt eine Forderung durch Verwirkung, d. h. dadurch, dass der Gläubiger innerhalb einer durch Gesetz oder Vertrag vorgeschriebenen Frist eine zur Erhaltung der Forderung nötige Handlung nicht vornimmt.»

[82] Von Tuhr, S. 602: «Die Geltendmachung der Forderung ist zeitlich begrenzt durch die Verjährung. Der Gläubiger, der seinen Anspruch lange Zeit nicht ausübt, verliert zwar nicht seine Forderung, aber die Möglichkeit, sie gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen.»

[83] Vgl. z. B. Anmeldung des Rentenanspruches in der AHV gemäss Art. 67 der Vollzugsverordnung z. AHVG v. 31. 10. 47.

[84] Von Tuhr, S. 447.

[85] So in den Art. 93 KUVG, 44 und 45 MVG und 44 AHVG.

[86] Siehe S. 29.

[87] Damit soll aber nicht ausgedrückt werden, dass der Anspruch jedesmal geltend gemacht werden muss, ansonst die betreffenden Versicherungsleistungen nicht zur Auszahlung kämen. Es wird damit nur gesagt, dass es dem Berechtigten freigestellt ist, bei Nichtberücksichtigung oder Uebergehung seines Anspruches denselben geltend zu machen oder nicht.

Der Versichertenanspruch ist darnach *eine unbedingte, aktuelle und daher fällige, aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen den Versicherungsträger gerichtete öffentlich-rechtliche Forderung eines Versicherten auf eine bestimmte Versicherungsleistung*, wobei die Realisierung dem Willen des Berechtigten anheimgestellt sein kann.

Auf eine Aufzählung der einzelnen Versichertenansprüche im KUVG, MVG und AHVG kann verzichtet werden, da die Feststellung, wann solche vorliegen, angesichts der vorstehenden Ausführungen und Hinweise keine Schwierigkeiten bietet.

Besonderer Teil

DIE VERZICHTSLEHRE

Vorbemerkung

Die Frage der Verzichtbarkeit von subjektiven Rechten stellt sich im Privatrecht und öffentlichen Recht. Kann ein Gläubiger ohne Einwilligung des Schuldners auf seine Forderung verzichten? Wie ist der Verzicht des Eigentümers auf eine ihm gehörende Sache rechtlich zu beurteilen? Kann ein Familienvater auf die ihm zustehenden Elternrechte verzichten? Wie steht es mit dem Verzicht eines staatlichen Organs auf ein dem Staat zustehendes subjektives Recht? Kann der Bürger auf ein ihm verliehenes subjektives öffentliches Recht, z. B. auf das Wahlrecht, oder — um auf unser spezielles Problem hinzuweisen — auf Leistungen der Sozialversicherung verzichten?

Eine Untersuchung des Problems in dem oben angedeuteten Umfang würde den Rahmen unserer Arbeit sprengen, weshalb wir uns auf das Wesentlichste beschränken müssen. Zur Klarlegung des einzuschlagenden Weges sei folgendes vorausgeschickt:

1. Die Verzichtslehre des Privatrechts ist deshalb einer kurzen Betrachtung zu unterziehen, weil sie seit langem durchgebildete Begriffe besitzt, die u. U. analogieweise auf die öffentlichen Rechtsinstitute übertragen werden können. Sie kann aber nur soweit gewürdigt werden, als dadurch eine Klärung des Verzichtsbegriffs im öffentlichen Recht zu erreichen ist. Von einer Behandlung der verschiedenen privaten Rechtsinstitute im Hinblick auf die Verzichtbarkeit muss dagegen abgesehen werden.

2. Die Formulierung des Themas gestattet uns, die Frage des Verzichts auf die Rechte der Individuen unter Ausserachtlassung derjenigen des Staates zu begrenzen. Dies war auch der Grund, warum bisher nur die subjektiven öffentlichen Rechte von Privatpersonen Gegenstand unserer Ausführungen waren.

3. Eine Darstellung der Verzichtslehre im öffentlichen Recht als solchem kann nur soweit geboten werden, als sie zur Beurteilung der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten auf Leistungen der Sozialversicherung notwendig ist.

Unsere nächste Aufgabe besteht darin, den Verzichtsbegriff zu fassen, wobei wir aus dem in Ziff. 1 angegebenen Grund zuerst denjenigen des Privatrechts behandeln wollen. Im Anschluss daran sind wir in der Lage, den Verzichtsbegriff des öffentlichen Rechts zu definieren.

§ 4. Der Verzicht im Privatrecht

I. DER VERZICHTSBEGRIFF

Das Wort «verzichten» stammt vom Mittelhochdeutschen «verzîhen», welches zunächst «versagen», «nein sagen» und in zweiter Linie «sich von etwas lossagen» bedeutete[1]. Durch den Verzicht soll ein Recht aufgegeben werden[2], weshalb er als Erlöschungsgrund eines Rechts gelten kann. Im allgemeinen Sprachgebrauch verbindet sich mit dem Begriff des Verzichts die Vorstellung der Einseitigkeit.

Das OR kennt in seinen allgemeinen Bestimmungen, die gemäss Art. 7 ZGB überhaupt für alle zivilrechtlichen Verhältnisse gelten, eine ganze Reihe von Erlöschungsgründen, wir erinnern nur an die Erfüllung (Art. 68 u. ff.), den Erlass (Art. 115), die Neuerung (Art. 116), die Verrechnung (Art. 120) u. a.

Wir haben den Verzicht soeben als Erlöschungsgrund eines Rechts bezeichnet. Beim Studium der Systematik des Obligationenrechts ist aber festzustellen, dass der Verzicht unter den in der ersten Abteilung aufgeführten Erlöschungsgründen fehlt. Trotzdem ist daselbst wiederholt von einem Verzicht die Rede[3]. Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Erlöschungsgrund, der den Untergang eines g a n z e n Schuldverhältnisses wie die oben erwähnten Erlöschungsgründe zur Folge hätte, sondern um einen solchen, der die Aufhebung von sogenannten begleitenden Befugnissen bewirkt[4]. Dieselbe rechtliche Natur weisen jene Verzichtserklärungen auf, von denen der Gesetzgeber in den besonderen Bestimmungen des OR spricht[5].

---

[1] So Schoenborn, S. 16, s. auch Anm. 2.
[2] Meissels, S. 665: «Der Verzicht ist ein Aufgeben von Rechten.»
[3] So in Art. 34 Abs. 2, 100, Abs. 2, 126, 141 und 160, Abs. 2 OR.
[4] Guhl, S. 205, nennt als Beispiele: Verzicht auf die Haftung für leichtes Verschulden, auf die Verrechnung, auf die Geltendmachung einer Konventionalstrafe usw.
[5] So in Art. 239 Abs. 2, 524, Abs. 3, 287, Abs. 2, 492, Abs. 4 und 502, Abs. 2, OR.

Das ZGB statuiert keine Erlöschungsgründe, da — wie wir gesehen haben — die obligationenrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden. Vom Verzicht ist aber auch hier mehrmals die Rede und sogar noch häufiger als im OR[6]. Dabei handelt es sich regelmässig um die Aufgabe von begleitenden Befugnissen oder von dinglichen Rechten[7].

Dass bei dieser gesetzlichen Regelung eine Legaldefinition des Verzichtsbegriffes fehlt, ist nur die logische Folgerung und nicht weiter auffallend.

Ein Eingehen auf die vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Verzichtsfälle führt indessen zur Erkenntnis, dass er beim Verzicht in erster Linie[8] an ein einseitiges Rechtsgeschäft[9] gedacht hat. Dies deshalb, weil er grundsätzlich nur dort von Verzicht spricht, wo es sich entweder um dingliche Rechte, d.h. um Rechte, welche sich auf eine Sache und nicht gegen eine Person richten, oder um sogenannte Gestaltungsrechte, die auf der Vorstellung beruhen, dass der Berechtigte «durch seinen alleinigen Willen» den Rechtserfolg herbeiführt[10], handelt.

Für die Aufhebung eines Schuldverhältnisses aber, also eines zweiseitigen Rechtsverhältnisses, hat der Gesetzgeber einen selbständigen Erlöschungsgrund geschaffen, nämlich die Aufhebung durch Uebereinkunft gemäss Art. 115 OR, der als Erlass bezeichnet wird. Die Aufhebung durch Uebereinkunft ist indessen per definitionen ein zweiseitiges Rechtsgeschäft.

Prima vista erscheint also ein Verzicht auf ein obligatorisches Recht, im Sinne der Aufgabe dieses Rechts durch eine einseitige Willenserklärung, laut Gesetz nicht möglich[11].

In der Literatur finden sich nur wenige Abhandlungen über dieses Problem. Von Tuhr z. B. setzt den Verzicht als einseitige Erklärung in

---

[6] So in Art. 27 Abs. 1, 211, Abs. 2, 224, Abs. 2, 242, Abs. 3, 319, Abs. 3, 495, 535, 729, 748, Abs. 2, 786, Abs. 2, 812, Abs. 1 und 837, Abs. 2 ZGB.

[7] Ausnahmen in Art. 495 und 535 ZGB.

[8] Ausnahmen siehe Anm. 7.

[9] «Einseitig» deshalb, weil zur Herbeiführung der Rechtswirkung die Willensäusserung einer Partei genügt, siehe v. Tuhr, a. a. O. S. 122; «Rechtsgeschäft» deshalb, weil der Verzicht eine auf rechtliche Wirkung (Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses) gerichtete Willensäusserung ist, siehe v. Tuhr, S. 121.

[10] Guhl, S. 27; von Tuhr, S. 19.

[11] Vgl. dazu das römische Recht, das eine Verzichtsmöglichkeit von obligatorischen Rechten ebenfalls nicht kannte. Ein solches Recht konnte nur mittels Vertrag, der acceptilatio, des mutuus dissensus und des pactum de non petendo verzichtshalber aufgegeben werden, vgl. hierüber Meissels, Seite 702, oder Sohm, S. 365, 477 u. ff. und S. 488; auch das deutsche Recht verlangt einen Vertrag gemäss § 397 BGB.

Gegensatz zum Erlass[12]. Er bejaht die Verzichtbarkeit von dinglichen Rechten und Gestaltungsrechten und verlangt für die Aufhebung eines Schuldverhältnisses ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, das er mit Erlass bezeichnet. Ebenso behandelt Guhl den Verzicht[13]. Meissels anerkennt ebenfalls die Einseitigkeit des Verzichts, möchte ihn aber auch auf obligatorische Rechte ausdehnen[14]. Er weist u. a. darauf hin, dass ja auch eine Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen Dritten zediert werden könne und frägt sich, welchen Grund es haben sollte, gerade in dem Falle des Verzichts, der gewiss nichts Drückendes für den Schuldner enthalte, die Zustimmung des Schuldners für unentbehrlich zu erachten. Schoenborn[15] bemerkt, dass im BGB für den Untergang einer Forderung ein Vertrag, nämlich der Erlass gemäss § 397, vorgeschrieben sei.

Als Facit der bisherigen Betrachtungen ergibt sich, dass der Verzicht allgemein als einseitiges Rechtsgeschäft angesehen wird, welches die Aufgabe eines Rechts bezweckt. Divergenzen entstehen erst in der Beantwortung der später zu behandelnden Frage, auf welche Rechte verzichtet werden kann.

Mit Rücksicht auf die Einseitigkeit des Verzichts stellt sich die weitere Frage, ob er empfangsbedürftig ist.

Durch den Verzicht soll das Recht untergehen. Dieser Untergang ist naturgemäss unwiderruflich. Ist das Recht einmal untergegangen, so kann es derjenige, der darauf verzichtet hat, nicht mehr zum Entstehen bringen[16]. Dieser Erfolg wäre aber im Rechtsleben in Frage gestellt, wenn ein Recht durch reinen Willensakt, der sich nach aussen hin nicht zu äussern brauchte, untergehen könnte. Der Schuldner oder die übrigen interessierten Personen würden vom erfolgten Verzicht nichts erfahren, sodass der Verzichtende praktisch die Möglichkeit hätte, den nur in seinem Innern ausgesprochenen Verzicht ebenso stillschweigend wieder zurückzunehmen und damit das Recht wieder aufleben zu lassen. Dies hätte zur Folge, dass von einem Verzicht nicht mehr gesprochen werden könnte.

---

[12] Von Tuhr, S. 567.
[13] Guhl, S. 205.
[14] Meissels, S. 717.
[15] Schoenborn, S. 16.
[16] Aus diesem Grunde kann daher auch u. E. eine Verzichtserklärung wohl mit einer Suspensivbedingung, nicht aber mit einer Resolutivbedingung in dem Sinn, dass ein Verzicht nur bis zum Eintritt einer gewissen Tatsache gelten solle, versehen sein.

Aus diesen Ueberlegungen ist u. E. der Schluss zu ziehen, dass der Verzicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung sein muss, um rechtlich überhaupt erfasst werden zu können[17].

Ist eine Verzichtserklärung auch annahmebedürftig? Gemäss Art. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Wäre nun der Verzicht eine annahmebedürftige Willensäusserung, dann hätten wir es mit einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, also einem Vertrag gemäss Art. 115 OR zu tun. Da aber der Verzicht nach unseren bisherigen Darlegungen ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt, ist bereits gesagt, dass er nicht eine annahmebedürftige Willenserklärung sein kann.

Mit dem Verzicht geht — so wie wir ihn auffassen — das Recht objektiv unter, ohne dass ein anderes Recht an seine Stelle treten oder ein Dritter die Rechtsstellung des Verzichtenden übernehmen würde.

Damit ist dieses Rechtsinstitut gegen dasjenige des Vergleichs, der Schenkung und der Zession abgegrenzt. Beim Vergleich tritt bekanntlich auf Grund gegenseitiger Vereinbarung gegen Verzicht auf die ursprüngliche Forderung eine neue, modifizierte Forderung an deren Stelle. Bei der Schenkung erwirbt der Schenknehmer auf Grund einer unentgeltlichen Zuwendung eine bestimmte Sache oder Forderung des Schenkgebers und bei der Zession erwirbt ein Dritter die Forderung des Zedenten. In allen Fällen handelt es sich also um einen Vertrag und um Derivativerwerb.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, dass der Verzicht auf ein Recht u. E. Ausfluss des Rechts selbst ist[18], d. h. mit dem Recht selbst ist auch — soweit positive Bestimmungen nicht entgegenstehen[19] — die Verzichtsbefugnis als eine der Funktionen des Rechts grundsätzlich gegeben.

[17] Was von Tuhr von der Offerte, deren Annahme und Ablehnung sowie den meisten Gestaltungserklärungen (wie z. B. Anfechtung, Widerruf, Kündigung, Rücktritt, Verrechnung) sagt, gilt also u. E. auch für den Verzicht hinsichtlich der Frage der Empfangsbedürftigkeit, s. S. 145: «Die Empfangsbedürftigkeit solcher Erklärungen ergibt sich, auch ohne eine im schweizerischen Recht fehlende allgemeine Vorschrift, aus der Erwägung, dass diese Erklärungen in den Rechtskreis einer andern Person eingreifen und daher zur Kenntnis dieser Person gelangen sollten, wozu mindestens gehört, dass sie an diese Person gerichtet werden»; dass ein Verzicht auf Grundrechte kraft positiver Vorschrift (vgl. Art. 666, 734, 748, 786 und 801 ZGB) im Grundbuch einzutragen ist, um dingliche Wirkung zu erzeugen, sei nur ergänzungshalber erwähnt.

[18] Vgl. Meissels, S. 666.

[19] So Art. 34 Abs. 2, 141, Abs. 1, 254, Abs. 3, 492, Abs. 4 OR. Art. 211 Abs. 2, 224, Abs. 2, 242, Abs. 2, 319, Abs 3 ZGB.

Der Verzicht kann darnach als *ein einseitiges und empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das die Aufgabe und damit den objektiven Untergang eines Rechts bezweckt,* definiert werden.

II. FORM DES VERZICHTS

Da der Gesetzgeber das Rechtsgeschäft des Verzichts nicht selbständig geordnet hat, fehlen auch entsprechende Formvorschriften. Mangels gesetzlicher Regelung kann daher eine rechtliche relevante Verzichtserklärung u. E. grundsätzlich in jeder beliebigen Form erfolgen, nur muss mit Rücksicht auf das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit verlangt werden, dass sie nach aussen hin als solche erkennbar sei. Wo jedoch das Gesetz für die Entstehung oder Aenderung eines Rechts bestimmte Formvorschriften aufgestellt hat, sind dieselben auch für die Erlöschung des Rechts zu beachten. Aus diesem Grunde kann der Fall eintreten, dass auch eine Verzichtserklärung nur dann rechtlich wirksam wird, wenn die vom Gesetz für die Entstehung eines Rechts aufgestellten Formvorschriften auch beim Untergang des Rechts eingehalten werden. So wäre der Verzicht auf ein Grundstück nur dann dinglich wirksam, wenn der dahinzielende Geschäftswille im Grundbuch eingetragen würde [20].

Von diesen Ausnahmen abgesehen, kann der Verzicht in mündlicher oder schriftlicher Form rechtsgültig vorgenommen werden. Er kann aber auch stillschweigend durch konkludente Handlung, d. h. «durch ein Verhalten, das vernünftigerweise auf Grund der Lebensgewohnheiten und der Verkehrsübung den Schluss auf das Vorhandensein des Willens rechtfertigt» [21], wirksam werden, da auch unter dieser Voraussetzung die Wesenselemente des Verzichtswillens, der Einseitigkeit und der Empfangsbedürftigkeit vorliegen.

Der Verzicht im Sinne unserer Definition ist wohl zu unterscheiden von der Nichtausübung eines Rechts innerhalb einer durch Gesetz oder Vertrag vorgeschriebenen Frist (Verwirkung) und dem Verlust des Klagerechts infolge langjähriger Nichtausübung des Rechts (Verjährung).

Beim Verzicht geht das Recht unwiderruflich unter. Rechtsgrund ist allein die empfangsbedürftige, den Verzichtswillen ausdrückende Erklärung. Der Verzicht muss mit andern Worten gewollt sein.

---

[20] Tuor, S. 468 und 506 (Dereliktion).
[21] Guhl, S. 78.

Bei der Nichtausübung eines Rechts innerhalb einer durch Gesetz oder Vertrag vorgeschriebenen Frist bleibt das Recht innerhalb dieser Frist bestehen, lediglich auf die Geltendmachung wird verzichtet. Geht dann ein solches Recht infolge Nichtausübung oder Zeitablauf unter, dann ist der Rechtsgrund nicht etwa der Verzicht auf die Nichtausübung, sondern das Gesetz oder der vertraglich festgelegte Wille, welche bestimmen, dass das Recht nach Ablauf einer bestimmten Zeit bei Nichtausübung untergeht, gleichgültig, ob der Untergang gewollt war oder nicht.

Der Unterschied zum Verzichtsgeschäft ist allerdings dann nicht gross, wenn es in Form einer konkludenten Handlung vorgenommen wird. Es wird stets auf die einzelnen Tatbestandselemente ankommen, ob in konkreto auf Verzicht geschlossen werden kann. Müsste aber ein solcher bejaht werden, dann ginge das Recht sofort unter, ohne dass die obige Frist abgewartet werden müsste.

Die gleichen Erwägungen lassen sich hinsichtlich der Verjährung eines Rechts anstellen. Nur besteht hier der wesentliche Unterschied, dass bei Eintritt der Verjährung das Recht als solches weiterbesteht, das infolge Verzichts aufgegebene Recht aber objektiv erlischt.

III. DIE VERZICHTBARKEIT VON SUBJEKTIVEN PRIVATEN RECHTEN

Aus unseren bisherigen Erörterungen liess sich ohne weiteres erkennen, dass die Möglichkeit des Verzichts auf dingliche Rechte und auf solche obligatorische Rechte, welche durch den alleinigen Willen des Berechtigten geändert werden können, d. h. den Gestaltungsrechten, allgemein anerkannt wird. Es erübrigt sich daher, darauf noch näher einzutreten.

Zu keinen weiteren Diskussionen gibt ferner der Grundsatz Anlass, dass auf ein noch nicht entstandenes Recht naturgemäss nicht verzichtet werden kann. Dies ergibt sich aus unserer Definition, wonach der Verzicht die Aufgabe eines Rechts bedeutet. Aus diesem Grunde hat jener, der auf ein noch nicht erworbenes Recht verzichtet, keine Schenkung gemacht [22].

[22] Art. 239 Abs. 2 OR. Hierzu ist aber zu bemerken, dass mittels eines Verzichts, so wie wir ihn auffassen, überhaupt keine Schenkung gemacht werden kann. Der Gesetzgeber schliesst also, wie aus dieser Bestimmung hervorzugehen scheint, die Zweiseitigkeit des Verzichtgeschäftes nicht aus. Andernseits lässt er auch den einseitigen Verzicht zu (z. B. Dereliktion eines Grundstückes, Erbschaftsausschlagung). Mit Rücksicht auf den allgemeinen Sprachgebrauch und den in Art. 115 OR geregelten Erlass müssen wir aber an der Forderung der Einseitigkeit des Verzichts festhalten.

Meinungsverschiedenheiten ergeben sich erst hinsichtlich der Frage nach der Verzichtbarkeit von Rechten, welche Bestandteil einer Obligation bilden, da der Verzicht per definitionem ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt, die Obligation aber ein zweiseitiges Rechtsverhältnis ist[23]. Dieses Problem gewinnt für uns deshalb besondere Aktualität, weil ja die später auf ihre Verzichtbarkeit hin zu prüfenden subjektiven öffentlichen Rechte auch eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, analog der im Obligationenrecht geläufigen Schuldverhältnisse, bedeuten.

Gemäss OR ist für die Aufgabe eines obligatorischen Rechts der Abschluss eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts in Anwendung seines Art. 115 notwendig. Auch das deutsche Recht[24] geht — wie schon erwähnt — von der gleichen Konstruktion aus.

Demgegenüber haben wir bereits auf Meissels[25] hinweisen können, der sich die Frage stellte, warum im Falle eines Verzichts, der nichts Drückendes für den Schuldner enthalte, die Zustimmung des Schuldners für unentbehrlich erachtet werde.

Diese Frage lässt sich gewiss stellen, trifft aber u. E. nicht den Kern des Problems. Es ist nämlich zu beachten, dass ein Verzicht auf eine Leistung oder Forderung praktisch die Folge hat, dass der Verpflichtete von der Leistungs- bzw. Zahlungspflicht befreit und um die Höhe dieser Verbindlichkeit eigentlich bereichert ist. Im Grunde der Dinge scheint dies aber auf eine unentgeltliche Zuwendung hinauszulaufen. Es ist aber ein anerkannter Grundsatz, dass sich niemand etwas schenken zu lassen braucht. Umgekehrt kann aber mit ebensoviel Recht gesagt werden, dass dem Gläubiger nicht gegen seinen Willen die Leistung aufgezwungen werden kann, die er nicht mehr fordern will. Er ist ja nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, die Leistung zu beanspruchen oder anzunehmen.

Nehmen wir zur Illustration einen konkreten Fall: A hat mit B einen Kaufvertrag des Inhalts abgeschlossen, dass A dem B ein Klavier liefere und B innerhalb der Frist eines Monats nach erfolgter Lieferung den Kaufpreis zu bezahlen habe. Auf Grund dieses Vertrages liefert A das Klavier. Er hat also seine vertraglichen Verpflichtungen vertragsgemäss erfüllt und besitzt nur noch das Recht auf Bezahlung des Kaufpreises. Nach erfolgter Lieferung teilt A dem B mit, er verzichte auf die Bezahlung des Kaufpreises. B will aber das Klavier aus bestimmten — hier nicht

[23] Guhl, S. 25.
[24] BGB § 397, siehe auch S. 64, Anm. 11.
[25] Siehe Seite 65.

weiter interessierenden — Gründen nicht unentgeltlich erhalten haben. Er überweist daher trotzdem die vereinbarte Kaufsumme dem A. Dieser retourniert das Geld dem B. Welche Möglichkeit hat B, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien?

Weigert sich A, den Kaufpreis anzunehmen, so befindet er sich in Verzug gemäss Art. 91 OR. Will B das Klavier nicht unentgeltlich annehmen oder behalten, was eigentlich den Abschluss eines neuen Vertrages voraussetzen würde, so kann er den Kaufpreis unter Berufung auf Art. 92 OR auf Gefahr und Kosten des A hinterlegen und sich so von seiner Verbindlichkeit befreien. Die zuständige Amtsstelle wird dem Gläubiger eine Verfügung mit Verwirkungsfolgen des Inhalts zukommen lassen, dass er entweder den hinterlegten Betrag innert einer richterlich bestimmten Frist abhole oder den ordentlichen Richter anrufe[26]. Da aber niemand gezwungen werden kann, sein Recht geltend zu machen[27], steht es A frei, diese Verfügung nicht zu beachten, sodass der Kaufpreis nach Ablauf der Verwirkungsfrist u. E. zugunsten der Hinterlegungsstelle verfällt. Dabei handelt es sich um einen originären Erwerb.

Es ist aber auch möglich, dass der Richter des Erfüllungsortes die gerichtliche Hinterlegung nicht bewilligt, da er die hierzu geltend gemachten Gründe als nicht hinreichend erachtet[28]. Es ist möglich, dass er ein solches Gesuch mit der Begründung ablehnt, der Schuldner habe angesichts des von seiten des Gläubigers ausgesprochenen Verzichts auf Entgegennahme der Kaufsumme keine Veranlassung zur gerichtlichen Deponierung des Geldes. Auf jeden Fall ist es Ermessenssache des zuständigen Richters.

In einem solchen Fall besitzt der Schuldner u. E. nur noch zwei Möglichkeiten:

Er tritt vom Vertrag zurück und ertattet demzufolge das Kaufsobjekt zurück[29]. Damit erlischt auch das Recht auf Bezahlung des Kaufpreises und der Verzicht fällt als gegenstandslos dahin.

---

[26] Vgl. z. B. § 396 der zürch. ZPO v. 13. 4. 1913.

[27] So § 91 ders. ZPO: «Niemand kann gezwungen werden, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen ... geltend zu machen.»

[28] § 392 ders. ZPO: «Die gerichtliche Hinterlegung ... bedarf der Erlaubnis des Einzelrichters. Sie wird erteilt, wenn hinreichende Gründe dafür glaubhaft gemacht werden.»

[29] Wobei natürlich — streng genommen — auch A die Rücknahme des Klaviers verweigern könnte, in welchem Fall wieder die gleichen Prozessfolgen wie beim Gläubigerverzug eintreten könnten.

Oder aber, er lässt es beim Verzicht bewenden und behält das Klavier. Gestützt auf welchen Rechtstitel hat B in diesem Fall das Klavier erworben? Offenbar gestützt auf den seinerzeit abgeschlossenen Kaufvertrag, der weiterhin rechtskräftig bleibt. Da aber anderseits Verzicht auf die Gegenleistung vorliegt, kann es sich nicht um eine Schenkung handeln. Und doch ist B um den Betrag des Kaufpreises bereichert. Zum Unterschied von den in Art. 62 OR vorgesehenen Fällen handelt es sich aber u. E. nicht um eine ungerechtfertigte Bereicherung, da ein gültiger Grund der Bereicherung, eben der Verzicht des A, vorliegt. Die infolge des Verzichts eingetretene Bereicherung des B kann als eine rein faktische Folge des Verzichtsgeschäftes betrachtet werden [30].

Aus diesen Ueberlegungen geht hervor, dass der Gläubiger wohl auf seine Forderung ohne Einwilligung des Schuldners verzichten, nicht aber den Schuldner ohne seine Zustimmung von der vertraglichen Verpflichtung entbinden kann. Diese Möglichkeit zeigt deutlich der Fall der gerichtlichen Deponierung des Kaufpreises, wodurch sich der Schuldner von seiner Zahlungspflicht befreien kann, was aber den Gläubiger trotzdem nicht hindert, die Entgegennahme dieses Geldes zu verweigern, d. h., auf die Gegenleistung zu verzichten.

Gegen diese Auffassung kann u. E. nicht eingewendet werden, der Schuldner habe die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten und auf diese Weise den Verzicht als gegenstandslos dahinfallen zu lassen, um daraus zu folgern, ein Verzicht auf eine Forderung sei nicht möglich. Der Verzicht hat nämlich stets das Vorliegen eines entsprechenden Rechts, auf das gegebenenfalls verzichtet werden kann, zur Voraussetzung. Im angenommenen Fall wird also die weitere Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses und damit das Vorliegen eines Verzichtsobjekts, d. h. die Kaufpreisforderung, vorausgesetzt. So betrachtet, ist die Verzichtserklärung des A in dem Sinne mit einer Suspensivbedingung versehen, als sie erst wirksam wird, wenn sich der Schuldner über die Aufrechterhaltung des Kaufvertrages oder den Rücktritt von demselben erklärt hat. Bezüglich des Zeitraumes, innert welchem diese Erklärung abzugeben ist, darf

[30] Man könnte sich auch die Frage stellen, ob A nicht das Eigentumsrecht am Klavier aufgegeben habe (Dereliktion). Diese Konstruktion ist aber deshalb nicht anwendbar, weil das Klavier gestützt auf den Verkaufsvertrag mittels Tradition in das Eigentum des Käufers übergegangen ist, von einer Dereliktion des früheren Eigentümers also keine Rede sein kann. B ist nicht um den Besitz und das Eigentumsrecht am Klavier, sondern um die Höhe der von A verzichtshalber aufgegebenen Forderung bereichert.

analog der Regelung in Art. 107 OR beim Schuldnerverzug angenommen werden, die Erklärung habe innert angemessener Frist, also innerhalb der Zeit, die es nach den Umständen braucht, um den Entschluss über die Beibehaltung des Vertrages oder den Rücktritt von demselben bekanntgeben zu können, zu erfolgen. Daraus darf nun aber nicht der Schluss gezogen werden, der Verzicht des Gläubigers bedürfe in Wirklichkeit der Annahme durch den Schuldner. Die Erklärung des B bedeutet u. E. lediglich die Voraussetzung, unter welcher der Verzicht des Gläubigers entweder perfekt wird oder aber als gegenstandslos dahinfällt.

Das von uns angenommene Beispiel hat indessen — wie sicher allgemein zugegeben wird — nur theoretische Bedeutung. Der Schuldner wird es nämlich nach den allgemeinen Erfahrungen des Lebens beim Verzicht bewenden lassen, wenn dieser nicht gleichzeitig den Untergang einer dem Gläubiger obliegenden oder die Entstehung einer neuen, irgendwie gearteten Verbindlichkeit in der Person des Schuldners zur Folge hat. Darauf aber kommt es im Rechtsleben schliesslich an. Der Gläubiger könnte ja das gleiche Ergebnis auch dadurch erreichen, dass er eine allenfalls richterlich festgesetzte Verwirkungsfrist willentlich verstreichen lassen oder den Lauf der Verjährungsfrist nicht hemmen würde. An einer solchen Einstellung des Gläubigers hat aber der Schuldner im allgemeinen alles Interesse.

Aus diesen Ueberlegungen möchten wir den Verzicht auf ein obligatorisches Recht dann als möglich bezeichnen, wenn sich das Recht des Gläubigers in dem Verzichtsgegenstand als solchem erschöpft und nicht gleichzeitig die Kehrseite einer Verbindlichkeit ist, sodass hier ähnlich wie bei den Gestaltungsrechten davon gesprochen werden kann, es handle sich um eine auf besonderer Rechtslage beruhende Befugnis eines Menschen, durch seinen alleinigen Willen eine Rechtsänderung — und zwar in seiner eigenen Rechtsstellung — herbeizuführen. Bei dieser Lösung wird man dem Grundsatz gerecht, dass «niemand gezwungen werden kann, ein ihm zustehendes Recht wider seinen Willen geltend zu machen».

§ 5. Der Verzicht im öffentlichen Recht

I. ALLGEMEINES

Die Verzichtslehre des öffentlichen Rechts verdient deswegen besondere Beachtung, weil sich mit Rücksicht auf das Wesen und die Eigenart des öffentlichen Rechts die Frage ganz generell aufwerfen lässt, ob auf die aus ihm entspringenden subjektiven Rechte überhaupt verzichtet werden kann, und weil die hier aufzuzeigenden Grundsätze die Grundlage für die Verzichtslehre im Sozialversicherungsrecht bilden.

II. DER VERZICHTSBEGRIFF DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Im öffentlichen Recht findet sich — soweit wir dies feststellen können — keine Legaldefinition des Verzichtsbegriffes. Es ist dies auch nicht verwunderlich, da der Verzicht eigentlich ein typisches Rechtsinstitut des Privatrechts darstellt.

Das Wort «Verzicht» wird im öffentlichen Recht selten verwendet. Zutreffendenfalls ist zudem stets zu untersuchen, ob es sich tatsächlich um einen Verzicht und nicht um ein anderes Rechtsinstitut handelt.

Mangels gesetzlicher Regelung ist es auch hier wieder Aufgabe der Doktrin, den Verzichtsbegriff zu umschreiben. Dabei leisten uns die im Privatrecht entwickelten Grundsätze wichtige Dienste, da keine Veranlassung besteht, den dort gefundenen Verzichtsbegriff, der einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt, bei der Anwendung auf öffentliche Rechtsinstitute in grundsätzlicher Hinsicht umdeuten zu müssen. Abweichungen können sich lediglich dann ergeben, wenn dem Wesen und der Eigenart des öffentlichen Rechts besonders Rechnung zu tragen ist.

Den Verzicht des Privatrechts haben wir als ein einseitiges und empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches die Aufgabe und damit den objektiven Untergang eines Rechts bezweckt, definiert[1].

---

[1] Siehe Seite 67.

Im öffentlichen Recht kann mit dem Verzicht grundsätzlich ebenfalls nur die Aufgabe und der objektive Untergang eines Rechts gemeint sein[2].

Weiter ist festzustellen, dass unter der Frage nach der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten allgemein die Frage verstanden wird, ob der Träger eines solchen Rechts auf dasselbe kraft seines alleinigen Willens, d. h., ohne dass das zu dessen Erfüllung verpflichtete Rechtssubjekt, welches meistens der Staat oder eine öffentlichrechtliche Körperschaft oder Anstalt ist, seine Zustimmung erteilen müsste, verzichten kann. Ja, unser Problem hat nur dann einen praktischen Sinn und gewinnt aktuelle Bedeutung, wenn der Verzicht als einseitiger Willensakt, so wie wir ihn im Privatrecht aufgefasst haben, definiert werden kann.

Müsste nämlich der Verzicht des öffentlichen Rechts als ein zweiseitiger Akt begriffen werden, dann wäre es praktisch und rechtlich stets im Belieben des mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Trägers der entsprechenden Pflicht, ob er den Verzicht des Individuums annehmen will oder nicht. Von einem Verzicht im Sinne unserer bisherigen Ausführungen wäre keine Rede mehr[3].

Kann es sich darnach im öffentlichen Recht gleich wie im Privatrecht nur um einen einseitigen Willensakt handeln, welcher die Aufgabe eines Rechts bezweckt, ohne dass es auf einen Dritten überginge, so ist damit schon gesagt, dass der Verzicht im öffentlichen Recht ebenfalls nicht annahmebedürftig ist.

Der Verzicht bezweckt auch hier den objektiven Untergang des subjektiven Rechts. Die dahinzielende Willenserklärung ist daher ebenfalls un-

[2] Gl. M. Schoenborn, S. 27; W. Jellinek, S. 205; Laband, Arch. f. öff. Recht, Bd. 22, S. 302 (Zitation in Schoenborn), der sagt: «Der Verzicht ist ein selbständiges Rechtsgeschäft, welches die Beendigung eines Rechts oder einer staatlichen Funktion herbeiführen soll, und erfordert einen darauf gerichteten Willensakt.»

[3] Gl. M. Schoenborn, 26: «... denn wer nach der Verzichtbarkeit öffentlicher Rechte fragt, der will doch wohl feststellen, inwieweit das Individuum — ohne Mitwirkung des Staates — den Bestand öffentlicher Rechte zu modifizieren vermag, inwieweit öffentliches Recht durch den Willen des dadurch Berechtigten aufgehoben werden kann — wieweit der Parteiwillkür des Individuums in dem betreffenden Fall Raum gegeben ist»; Kormann, S. 41: «... ohne hier die schwierige... Lehre vom Verzicht auf subjektive Rechte entrollen zu wollen, glauben wir doch sagen zu dürfen, dass der Verzicht, soweit er als echter Verzicht zulässig ist, sich als einseitiger nicht annahmebedürftiger Akt darstellt; dort aber, wo es der Zustimmung des Staates zu dem ‚Verzicht' bedarf, ... liegt gar kein Verzicht im echten Sinn, ... sondern vielmehr ein Akt des Staates ... vor.»

widerruflich und vorbehaltlos abzugeben. Wohl könnte eine Verzichtserklärung mit einer Suspensivbedingung in dem Sinne versehen sein, dass sie erst beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses wirksam werden solle, nicht aber mit einer Resolutivbedingung, da das einmal untergegangene Recht, soll wirklich von einem Verzicht gesprochen werden können, nicht mehr aufleben kann. Aus dem Grundsatz, dass mit dem Verzicht das subjektive öffentliche Recht objektiv untergeht, folgt gleichzeitig, dass das Recht nicht auf einen Dritten übergeht[4].

Soweit können u. E. die im Privatrecht gewonnenen Erkenntnisse ohne Schwierigkeit ins öffentliche Recht übertragen werden.

Spezieller Erörterung bedarf die Frage der Empfangsbedürftigkeit, während diejenige, ob der Verzicht Ausfluss des Rechts selbst ist, bereits zur Frage der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten gehört und daher später zu betrachten ist.

Träger der subjektiven öffentlichen Rechte sind im Rahmen unserer Arbeit stets Individuen. Die ihnen kraft öffentlichen Rechts zustehenden Forderungen richten sich meistens gegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts, sei es der Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt, die ihrerseits zur Erfüllung und Befriedigung der das Recht beinhaltenden Forderungen öffentlich-rechtlich verpflichtet sind. Haben wir nun schon im Privatrecht das Moment der Empfangsbedürftigkeit als notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Verzichtserklärung aus Gründen der Zweckmässigkeit aufgestellt, dann muss dieses Erfordernis mit um so grösserer Evidenz im öffentlichen Recht gelten. Subjektive öffentliche Rechte sind in erster Linie um der öffentlichen Zwecke, der Wohlfahrt der Gemeinschaft willen gegeben. Dieser Gemeinschaft kann es aber nicht gleichgültig sein, zu wissen, ob im gegebenen Fall ein subjektives öffentliches Recht besteht oder ob es — sofern dies rechtlich möglich ist — infolge Verzichts untergegangen ist. Der Staat als Träger der öffentlichen Pflichten, bzw. die Körperschaften oder Anstalten, muss daher von einer allenfalls ausgesprochenen Verzichtserklärung Kenntnis erhalten. Aus diesen Ueberlegungen ist u. E. zu folgern, dass der Verzicht im öffentlichen Recht ebenfalls eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt[5].

[4] Gl. M. Schoenborn, S. 32.
[5] Gl. M. u. a. Schoenborn, S. 32 u. ff.

Der Verzichtsbegriff des öffentlichen Rechts kann daher wie folgt definiert werden: *Der Verzicht ist eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, die die Aufgabe und damit den objektiven Untergang eines subjektiven öffentlichen Rechts bezweckt*[6].

III. FORM DES VERZICHTS

Wir haben festgestellt, dass im öffentlichen Recht keine besonderen Bestimmungen über den Verzicht als etwaigen Untergangsgrund von subjektiven öffentlichen Rechten aufgestellt worden sind. Es fehlen demnach auch entsprechende Formvorschriften. Eine Verzichtserklärung muss daher grundsätzlich formlos abgegeben werden können. Aus diesem Grunde ist ein Verzicht gleich wie im Privatrecht auch stillschweigend durch konkludente Handlung möglich.

Die subjektiven öffentlichen Rechte befinden sich aber insofern in einer besonderen Lage, als sie auf Grund des gesetzlich festgelegten Tatbestandes ipso iure entstehen und gesetzlich abschliessend umschrieben und geregelt sind. Daher ist anzunehmen, dass, sofern der Verzicht in einem öffentlichrechtlichen Institut als spezieller Untergangsgrund gesetzlich anerkannt ist, über dessen Form entsprechende Vorschriften gelten. Wo dies nicht zutrifft und Verzichtserklärungen rechtlich wirksam sind, muss grundsätzlich jede mögliche Form, wenn sie nur nach aussen als solche erkennbar ist, zugelassen werden. Mehr noch als im Privatrecht gilt aber im öffentlichen Recht der Vorbehalt des Gesetzes.

Von der möglichen Form der Verzichtserklärungen, welche den sofortigen Untergang eines Rechts zur Folge haben, sind auch hier der Untergang infolge Verwirkung und derjenige wegen Verjährung zu unterscheiden. Diesbezüglich gilt das schon früher Gesagte, weshalb darauf[7] einfachheitshalber verwiesen sei.

[6] Schoenborn, S. 27, definiert den Verzicht als die freiwillige durch einseitige Willenserklärung erfolgende Aufgabe von Rechten, welche das Erlöschen der aufgegebenen Rechte verursacht und demnach eigentlich eine Verfügung über dieses Recht darstellt. — Das Moment der Freiwilligkeit haben wir als selbstverständlich weggelassen. Ob der Verzicht Ausfluss des Rechts selbst ist, werden wir später sehen.

[7] Siehe Seite 67/68.

IV. DIE VERZICHTBARKEIT VON SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTEN

1. Allgemeines

Im Privatrecht mussten wir die Frage der Verzichtbarkeit je nach der Art der zur Diskussion stehenden Rechte anders beantworten. So konnten wir dieselbe hinsichtlich der dinglichen Rechte und der Gestaltungsrechte ohne weiteres bejahen, diejenige hinsichtlich der obligatorischen Rechte oder Forderungen nur unter bestimmten Voraussetzungen.

Im öffentlichen Recht tritt insofern eine Vereinfachung des Problems ein, als im Rahmen unserer Abhandlung stets nur Rechte obligatorischer Natur, also öffentlichrechtliche Forderungen, zur Diskussion stehen. Dingliche Rechte, etwa im Sinne von «öffentlichem Eigentum»[8], brauchen nicht in die Betrachtung einbezogen werden.

Anderseits bedeutet dies gleichzeitig eine Erschwerung unserer Aufgabe aus zwei Gründen:

Erstens handelt es sich um obligatorische Rechte, also just um jene Art von Rechten, über deren Verzichtbarkeit schon im Privatrecht die Meinungen auseinandergehen.

Zweitens ist — wie wir gesehen haben — das Wesen des öffentlichen Rechts naturgemäss auch den subjektiven öffentlichen Rechten eigen, sodass die Frage der Verzichtbarkeit je nach der Betonung der gesetzgeberischen Motive, welche bei der Anerkennung von subjektiven öffentlichen Rechten angeführt werden, von den Verwaltungsrechtslehrern negativ oder positiv oder je nach der Lage des Einzelfalles verschieden beantwortet wird.

Eine einheitliche Auffassung über dieses Problem hat sich in der Doktrin tatsächlich bis heute nicht herausgebildet. Eine Gegenüberstellung der divergierenden Auffassungen könnte denjenigen, der sich mit ihnen befasst, zum Ausspruch verleiten: «Quot capita, tot sensus!»

Die unterschiedliche Stellungnahme in der Doktrin verfehlte auch ihre Wirkung auf die Gerichtspraxis nicht. Diese ist bis heute schwankend und uneinheitlich, wie wir später darlegen werden.

Die Beantwortung der Frage nach der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten stellt sich — was vorausgeschickt werden soll —

---

[8] Vgl. hierzu u. a. Fleiner, Institutionen, S. 351 und S. 355, Anm. 11.

natürlich nur dort, wo nicht das Gesetz den Verzicht ausdrücklich als rechtsverbindlich anerkannt oder gegenteils als ungültig erklärt hat. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus dem Wesen des öffentlichen Rechts.

Die zur Lösung dieses Problems aufgestellten Lehrmeinungen lassen sich auf drei Hauptgruppen zurückführen, denen sich alle anderen Theorien unterordnen lassen.

Die Vertreter der ersten Gruppe verneinen grundsätzlich die Möglichkeit des Verzichts auf subjektive öffentliche Rechte, lassen ihn jedoch in bestimmten Fällen zu. Die Gründe ihrer Ablehnung sind verschiedenartiger Natur.

G. Meyer [9] lässt den Verzicht als Aufhebungsgrund für öffentliche Rechte nur zu, soweit er sich auf Rechte einzelner Individuen, namentlich bei dem Recht, Organ des Staates zu sein, und auch hier nur soweit, als dies die Gesetzgebung gestattet, bezieht.

Schoenborn [10] anerkennt subjektive öffentliche Rechte der Individuen nur dort als verzichtbar, wo die Rechtsordnung dies ausdrücklich gestattet — sei es durch besondere gesetzliche Norm oder durch Gewohnheitsrechtssatz. Auf den aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringenden aktuellen Anspruch kann nach seiner Ansicht — vorbehältlich ausdrücklicher Ermächtigung durch die Rechtsordnung — im Zweifel ebenfalls nicht verzichtet werden. Er führt zur Stütze seiner These verschiedene Gründe an: Auch im aktuellen Anspruch stecke ein Stück rechtlichen Könnens, das sich nicht aus eigenem Recht zerstören könne. Sonst würde, wie auch beim Verzicht auf die rechtliche Qualifikation selbst, der Verzichtende ein Stück öffentlichen Rechts durch Verfügung darüber zerstören, obwohl ihm das Recht nur zur Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung, nicht zur Verfügung darüber eingeräumt sei. Denn die Befugnis, über ein Recht zu verfügen, gehöre nicht an sich zum Inhalt des Rechts, sei kein Ausfluss, kein Akt der Ausübung des Rechts, sondern etwas anderes, neues, was auf Grund besonderen Rechtssatzes zur Ausübung des Rechts hinzutreten, dem Berechtigten in bezug auf sein Recht ermöglicht sein könne. Ferner, wie könne der einzelne anders als auf Grund besonderen Rechtssatzes dazu kommen, den Staat von seiner Pflicht (auf Erfüllung des subjektiven öffentlichen Rechts) zu befreien? Endlich sei zu beachten, dass die subjektiven öffentlichen Rechte den einzelnen nie lediglich um des einzelnen

[9] G. Meyer, Staatsrecht, S. 33.
[10] Schoenborn, S. 96.

willen gegeben seien, sondern immer auch im Interesse der Gesamtheit. Schoenborn kommt daher mit Rücksicht auf die von ihm vertretene Unverzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte zur Feststellung, dass sie geeignet sei, den Unterschied zwischen subjektiven privaten von subjektiven öffentlichen Rechten zu verdeutlichen und schärfer zu beleuchten.

Burckhardt [11] schliesst aus der Gegenüberstellung zwischen dem subjektiven privaten Recht als dem dispositiven Recht und dem subjektiven öffentlichen Recht als dem zwingenden Recht auf die Unverzichtbarkeit.

Fleiner [12] betrachtet den Inhalt der öffentlichen Individualrechte gleichzeitig als Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung, deren einzelne Leistungen neben dem Interesse des einzelnen im Gemeininteresse angestrebt werden, um daraus zu folgern, dass ein Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht grundsätzlich unwirksam sei. Hingegen räumt er ein, dass der Berechtigte von der Ausübung im einzelnen Fall absehen könne, sofern sein Recht nicht die Kehrseite einer Pflicht sei oder das Gesetz ausdrücklich auch diese Form des Verzichts ausgeschlossen habe [13].

Wenige Anhänger hat die zweite Theorie gefunden, welche den Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte grundsätzlich als zulässig erklärt.

Unter ihnen findet sich O. Mayer [14]. Nach ihm äussert sich die Natur des subjektiven öffentlichen Rechts auch in seiner Verfügbarkeit. Der hergebrachte Satz, über öffentliche Rechte könne der Berechtigte nicht verfügen, weil sie zugleich Pflicht seien, sei in dieser Allgemeinheit falsch. Die Verfügbarkeit ergäbe sich aus dem Wesen des Rechts als grundsätzliche Regel. Aus besonderen Gründen könne sie ausgeschlossen sein, der Zusammenhang mit einer entsprechenden Pflicht sei nur einer davon. Die Pflicht komme als Einschränkung vor allem in Betracht gegenüber der Freiheit des Berechtigten, von seinem Recht Gebrauch zu machen oder nicht. Hierbei handle es sich aber gar nicht um eine Verfügung über das Recht selbst. Als solche erscheine nur der Verzicht darauf und die Uebertragung auf andere. Beides sei grundsätzlich frei bei öffentlichrechtlichen Ansprüchen vermögensrechtlicher Art. Ueberall sei es also nicht

---

[11] Burckhardt, Organisation, S. 75 u. ff.: «Denn das ist der wesentliche Unterschied zwischen einer privatrechtlichen und einer öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehung, dass die erste durch die willkürliche Entschliessung eines Berechtigten aufgehoben werden kann, die zweite aber nicht.» Burckhardt empfiehlt daher, im öffentlichen Recht nicht von subjektiven Rechten zu sprechen.

[12] Fleiner, Institutionen, S. 178/179.

[13] Siehe auch Oberholzer, S. 215 u. ff. und Kistler, a. a. O. S. 125.

[14] Mayer, Verwaltungsrecht, S. 117 u. ff.

das Wesen des subjektiven öffentlichen Rechts, was der Verfügung darüber widerstreite, sondern irgend eine Besonderheit des Gegenstandes oder der positiven Ordnung der Sache, wie sie im Zusammenhang der einzelnen Rechtsinstitute noch deutlicher hervortreten würden. Seine grundsätzliche Verfügbarkeit bedeute aber etwas anderes. Oeffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse entständen und vergingen in der Regel nach nur durch die Kraft des Rechtssatzes oder des Verwaltungsaktes. Die Willenserklärung des Untertanen liefere höchstens die Voraussetzungen dafür, dass jene wirken. Von diesem Grundzuge der Ordnung im Verwaltungsrecht schaffe aber das subjektive öffentliche Recht mit seiner Verfügbarkeit eine Ausnahme. Der Wille des einzelnen wirke bestimmend für das öffentliche Rechtsverhältnis, ändere mit eigener rechtlicher Kraft die Trägerschaft oder, noch häufiger, lasse es untergehen. Darin und in der oben angeführten Selbstverständlichkeit seines Schutzes liege der juristische Wert des Begriffes.

Auch Fleischmann anerkennt die Möglichkeit des Verzichts auf subjektive öffentliche Rechte[15].

Nach der dritten Theorie ist in jedem einzelnen in Frage stehenden Recht nach seiner Natur zu entscheiden.

C. F. Gerber unterscheidet scharf zwischen Privatrechten und öffentlichen Rechten, die dem einzelnen nur in seiner Verbindung mit einer Gesamtheit gebühren, indem er sagt: Rechte, die der einzelne durch diese und in dieser Verbindung habe, könne er nicht aus dieser Verbindung ausscheiden und als Recht seiner isolierten Persönlichkeit ansehen. Gerber lässt aber den Verzicht auf Ausübung einzelner staatsrechtlicher Befugnisse zu[16].

Nach Radnitzky[17] ist im öffentlichen Recht in jedem Anwendungsfall der Parteiwillkür eine contra rationem iuris publici statuierte Ausnahme zu erblicken. Hingegen lässt er den Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche sowie auf Gewerbekonzessionen beim Schweigen des Gesetzes zu.

Eingehend hat sich mit diesem Problem auch G. Jellinek auseinandergesetzt. Er stellt fest, dass auch beim einzelnen wie beim Staate als Regel die Unverzichtbarkeit gelte, weil Verhältnisse, die im Gemeininteresse ge-

[15] Fleischmann, S. 8: «Der Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht überhaupt sowie auf die Ausübung im einzelnen Fall ist zulässig, soweit nicht das Recht oder die Ausübung sich zugleich als Pflicht darstellt.»

[16] C. F. Gerber, Ueber öffentliche Rechte, S. 31 u. ff.

[17] Radnitzky, Parteiwillkür, S. 45 u. ff.

schaffen und normiert seien, dem Einzelinteresse nur aus ganz besonderen Gründen weichen dürften. Hingegen unterscheidet er dann zwischen den Statusverhältnissen und den einzelnen Ansprüchen, um bei jeder Kategorie die Frage der Verzichtbarkeit besonders zu beantworten. So sind nach ihm diejenigen Statusverhältnisse, in welchen das Individuum sich dem Staate gegenüber passiv verhalten kann, d. h. in keiner Weise die Betätigung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht in sich schliessen, absolut unverzichtbar. Daher seien die aus dem negativen und positiven Status entspringenden Verhältnisse unverzichtbar, es existiere für den einzelnen keine, wie immer geartete Pflicht, von den ihm durch diese gewährten Ansprüche Gebrauch zu machen. Anders stehe es mit dem aktiven Status. Sofern dessen Betätigung rechtlich in das freie Belieben gestellt sei und die Betätigung selbst nur eine vorübergehende, momentane Leistung erfordere, sei er ebenfalls unverzichtbar. Alle Stimm- und Wahlrechte trügen daher diesen Charakter an sich. Wo der Status jedoch nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte, wo eine fortgesetzte Tätigkeit im staatlichen Interesse durch ihn unmittelbar oder mittelbar bedingt sei, gebiete die das individuelle Interesse berücksichtigende Billigkeit, anderseits aber auch die Rücksicht auf den volle Hingebung an seine Aufgabe verlangenden Staat die Möglichkeit des Verzichtes, weshalb es in das Ermessen des Individuums gestellt werde, ob es Glied oder Organ des Staates sein und bleiben wolle. Daher seien die Staatsangehörigkeit und die fortgesetzte Tätigkeit verlangende Organstellung verzichtbar.

Unter den Ansprüchen betrachtet er die abstrakten als unverzichtbar, sofern der denselben zugrundeliegende Status ein unverzichtbarer sei und auch beim verzichtbaren Status, sofern nicht ein Verzicht auf ihn selbst stattfinde und damit ipso iure alle aus ihm entspringenden Konsequenzen verschwinden. Im letzteren Fall könne daher ein Verzicht auf die Anspruchsmöglichkeit nur durch Statusverzicht erreicht werden. Verzichtbar hingegen seien alle aktuellen Ansprüche, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil festgesetzt sei, so z. B. die Ansprüche aus dem Beamtenverhältnisse, Ansprüche auf Sachleistungen jeder Art[18].

Für W. Jellinek liegt die Frage der Zulässigkeit des Verzichts eines einzelnen auf ihm zustehende öffentliche Rechte etwas schwierig, da der einzelne als der im Verhältnis der öffentlichen Gewalt schwächere vor übereilten Entschliessungen auch hier geschützt werden müsse. Gewisse

[18] G. Jellinek, System, S. 340 u. ff.

Rechte seien vom Gesetz so unbedingt gewollt, das auch die Einwilligung des Betroffenen an der Unzulässigkeit eines Eingriffs nichts ändere. Suche man über Einzelfälle hinaus nach allgemeinen Regeln, so finde man, vorbehältlich anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen, folgendes: Unverzichtbar seien die Rechte, zu deren Ausübung der Berechtigte verpflichtet sei. Die Mitwirkungsrechte hätten samt und sonders diese Eigentümlichkeit. Dagegen seien verzichtbar alle übertragbaren Rechte. Denn der Verzicht sei bei Forderungsrechten, wirtschaftlich gesehen, nichts anderes als die Uebertragung des Rechtes auf den Schuldner. Allerdings müsse das Recht ein völlig entstandenes Recht sein, kein bloss zukünftiges. Jellinek verweist in diesem Zusammenhang als Beispiel auf das Beamtengehalt. Da der Beamte das verdiente Gehalt bar verschenken könne, sei kein Grund für ein Verbot des Verzichts zu sehen. Auf das Ruhegehalt und die Hinterbliebenenversorgung könne der Beamte, solange er im Dienst sei, nicht verzichten, denn diese Rechte seien für ihn noch nicht voll entstandene Rechte. Verzichtbar seien ferner die durch Antrag entstandenen Rechte auf behördliche Tätigkeit. Wer frei sei, einen Antrag auf eine bau-, feuer-, wasser-, gewerbepolizeiliche Genehmigung, auf Entlassung aus dem Staatsverband oder Staatsdienst zu stellen, könne, jedenfalls solange nichts erfolgt sei, den Antrag zurückziehen und damit das bereits entstandene Recht auf behördliche Tätigkeit zum Erlöschen bringen. Verzichtbar seien endlich im Zweifel die Rechte, die durch Untätigkeit während einer gewissen Zeit verloren gingen. Auch Ehrungen seien verzichtbar. Es gehöre mit zu den Persönlichkeitsrechten, nicht gezwungen zu sein, dauernd eine nicht genehme Ehrung mit sich herumzutragen. So könnten z. B. der Ehrenbürger und der Ehrendoktor auf die ihnen verliehenen Ehren rechtsgültig verzichten. Der durch Prüfung erworbene Doktorgrad dagegen sei unverzichtbar, denn er enthalte den Befähigungsausweis für seinen Träger, nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen sich habilitieren zu können. Fähigkeitsverleihungen aber hätten von jeher als unverzichtbar gegolten.

Weitere allgemeine Sätze über den Verzicht lassen sich nach Jellinek kaum aufstellen. Sei aber der Verzicht einmal endgültig ausgesprochen worden, dann binde er den Verzichtenden. Eine Rücknahme des Verzichts gäbe es nicht[19].

[19] W. Jellinek, S. 205 u. ff.

Zum Unterschied vom Privatrecht ist im öffentlichen Recht u. E. dem besonderen Umstand Rechnung zu tragen, dass den Individuen die ihnen zustehenden subjektiven Rechte nicht nur in ihrem höchstpersönlichen Interesse, sondern noch vielmehr im Interesse der Allgemeinheit verliehen worden sind. Diese hat darum auch ihrerseits ein Interesse daran, dass die Berechtigten in den Genuss der gesetzlich anerkannten subjektiven öffentlichen Rechte gelangen. Dies war meistens der gesetzgeberische Motiv, warum irgend ein Verhältnis dem öffentlichen Recht zugewiesen und zu einem subjektiven öffentlichen Recht gestempelt wurde. Es kann daher schon vorweggenommen werden, dass im öffentlichen Recht der Verzicht nur dort als Untergangsgrund anerkannt werden kann, wo ihn das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend durch positive gesetzliche Bestimmungen oder durch Gewohnheitsrechtssatz [20] zulässt. In allen anderen Fällen ist der Verzicht gerade mit Rücksicht auf Sinn und Geist der öffentlichen Rechtsinstitute u. E. rechtlich irrelevant.

Im allgemeinen Teil unserer Betrachtungen legten wir dar, dass unter dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts vielfach auch Statusverhältnisse oder öffentlich-rechtliche Ansprüche verstanden werden. Im Hinblick auf die aufgezeigte Wesensverschiedenheit ist aber auch die Frage der Verzichtbarkeit für jedes einzelne Verhältnis gesondert zu beantworten.

2. Der Verzicht auf den Status

Unter einem Status verstehen wir die Summe der bei Vorliegen des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes ipso iure verliehenen rechtlichen Fähigkeiten eines Individuums, die die Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten bilden [21]. Kann nun der Status durch Verzicht, d. h. durch eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung, aufgegeben werden?

Der Status bedeutet nach obiger Definition eine Fähigkeit, ein rechtliches Können, eine rechtliche Eigenschaft der Persönlichkeit, welche ihr von der Rechtsordnung zuerkannt worden ist. Auf Grund dieses rechtlichen Könnens ist die Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten erst geschaffen.

---

[20] Gl. M. Schonborn, S. 71.
[21] Siehe Seite 25.

Auf eine von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit kann aber nicht aus eigener Macht verzichtet werden, sondern nur dann, wenn die Rechtsordnung diese Möglichkeit und damit Fähigkeit selbst wieder zuerkennt, was eine Erweiterung des rechtlichen Könnens bedeuten würde[22]. «Das rechtliche Können vermag der Privatwille aus eigener Macht nicht in ein Nichtkönnen verwandeln»[23].

Weiter ist zu beachten, dass ein Status noch kein Recht darstellt. Er ist daher kein für einen Verzicht geeignetes Objekt, welcher per definitionem das Vorliegen eines Rechts zur Voraussetzung hat. Ein Statusverzicht wäre daher u. E. auch aus diesem Grunde nicht möglich.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die einzelnen Stati ergibt folgendes:

Der Verzicht auf den aktiven Status, z. B. auf die Stimm- und Wahlfähigkeit, ist rechtlich nicht möglich. Dies wird allgemein anerkannt[24]. Auch das Gesetz hat diesen Statusverzicht nirgends zugelassen. Wenn G. Jellinek im Gegensatz dazu den aktiven Status, der nicht nur berechtige, sondern auch verpflichte, als verzichtbar erklärt und dabei als Beispiele die Staatsangehörigkeit und die Organstellung anführt, so ist dem u. E. folgendes entgegenzuhalten:

Auf das Schweizerbürgerrecht kann nicht einseitig verzichtet werden. Dies geht daraus hervor, dass die zuständigen Behörden gemäss Art. 8 des Bürgerrechtsgesetzes[25] ein Einspracherecht besitzen. Es besteht also in jedem Fall die Möglichkeit, dass die Behörden eine «Verzichtserklärung» ablehnen können, was — sofern es sich um einen Verzicht im Sinne unserer Definition handelte — einen Widerspruch in sich selbst bedeuten würde.

Richtig ist, dass die Behörden von einer Einsprache absehen werden, wenn die in Art. 7 des erwähnten Gesetzes aufgestellten Voraussetzungen vorliegen. Mit der Abgabe der Verzichtserklärung ist aber der Austritt aus dem schweizerischen Staatsverband nicht perfekt, sondern die zuständigen Behörden haben gemäss Art. 9 des Gesetzes die Entlassung auszusprechen. Die Entlassung, welche den Verlust des Kantons-, Gemeinde- und Schwei-

[22] So G. Jellinek, System, S. 57.
[23] Schoenborn, S. 71.
[24] Vgl. u. a. Fleiner, Gerber, G. Jellinek, W. Jellinek.
[25] BG betr. die Erwerbung des Schweizerbürgerrechts und den Verzicht auf dasselbe, dat. vom 25. 6. 1903, AS n. F. 19, 690 u. ff.

zerbürgerrechts bedeutet, erfolgt mit der Zustellung der entsprechenden Urkunde an den «Verzichtenden» gemäss Art. 9 Abs. 2.

Obwohl das Gesetz selber von Verzicht spricht, muss aus der Art, wie das Gesetz die Entlassung aus dem Bürgerrecht formell geregelt hat, sowie aus den vorhergehenden Ueberlegungen der Schluss gezogen werden, dass nicht die Verzichtserklärung den Untergang des aktiven Status bewirkt, sondern erst die Entlassung durch die zuständigen Behörden, welche demzufolge ein Verwaltungsakt mit konstitutivem Charakter ist[26]. Die Verzichtserklärung ihrerseits bildet nur die Voraussetzung für die Entlassung aus dem Schweizerbürgerrecht.

Als zweites Beispiel für die Verzichtbarkeit eines aktiven Statusverhältnisses hat Jellinek die Organstellung erwähnt mit der Begründung, wo eine fortgesetzte Tätigkeit im staatlichen Interesse verlangt sei, gebiete die das individuelle Interesse berücksichtigende Billigkeit und die Rücksicht auf den die volle Hingebung an seine Aufgabe verlangenden Staat die Möglichkeit des Verzichts. Richtig ist, dass ein Individuum nicht gezwungen werden soll, gegen seinen Willen weiterhin Organ des Staates zu sein. Gleich wie bei der Staatsangehörigkeit stellt sich aber auch hier wieder die Frage, ob als Untergangsgrund des aktiven Status eines Beamten sein Verzicht oder die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis durch die vorgesetzte Behörde zu gelten hat. Bei der Beantwortung sei vorerst auf den actus contrarius, nämlich den Eintritt in das Beamtentum, hingewiesen. Hierin herrscht allgemein Einigkeit, dass ein Privatmann die Stellung eines Beamten nicht kraft seines Antrages, sondern kraft des Aufnahmeaktes durch die zuständige Verwaltungsbehörde erwirbt. Folglich verliert dieser Beamte u. E. seine Stellung auch nicht gestützt auf eine allfällige Verzichtserklärung, sondern nur gestützt auf die durch die Verwaltungsbehörde ausgesprochene Entlassung. Es ist also im Belieben des einzelnen, ob er in den Staatsdienst eintreten will oder nicht, nicht aber in seiner Macht, die Rechtsstellung eines Beamten kraft eigenen Willens einzunehmen. Diese Stellung oder dieser Status wird ihm durch die Verwaltungsbehörde mittels Verwaltungsakt beigelegt und folglich auch wieder entzogen.

Der aktive Status wird also ausnahmslos durch staatlichen Hoheitsakt erworben und kann demzufolge nur durch einen solchen actus contrarius

---

[26] Gl. M. Kormann, S. 41; teilweise zitiert auf S. 74, Anm. 3 vorhin; ferner Fleiner, Bundesstaatsrecht, S. 109 u. f.

wieder verloren gehen. Die persönliche Einstellung des Anwärters auf einen solchen Status oder des Trägers desselben bildet nur die Voraussetzung für das Tätigwerden der Verwaltungsinstanzen.

Allgemein anerkannt wird, dass auf den positiven und negativen Status nicht verzichtet werden kann, nur begründen wir diesen Schluss damit, dass ein Verzicht gesetzlich gar nicht vorgesehen ist und zudem nicht möglich wäre, da sowohl der positive wie der negative Status noch kein Recht, sondern ebenfalls erst eine Fähigkeit darstellen[27].

So wird es erklärlich, warum ein Verzicht auf die Rechtsfähigkeit, welche von der Rechtsordnung zuerkannt wird, auf die Rechtsstellung eines Familienvaters oder auf das durch Prüfung erworbene Doktorat als unmöglich bezeichnet wird.

Wenn als Ausnahme vom Grundsatz angenommen wird, dass auf das Ehrenbürgerrecht oder das Ehrendoktorat verzichtet werden könne, so beruht diese Verzichtsmöglichkeit u. E. auf Grund einer seit langer Zeit andauernden Uebung, welche sich zu einem öffentlich-rechtlichen Gewohnheitsrechtssatz herausgebildet hat. Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Status eines Ehrendoktors nicht den rechtlich viel schützenswerteren Status der Persönlichkeitsrechte verletzen soll, weshalb hier die Verzichtsmöglichkeit bejaht werden muss.

3. Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage nach der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten. Wohl haben wir es hier mit eigentlichen Rechten, die den Individuen zustehen, zu tun; es handelt sich aber um obligatorische Rechtsverhältnisse, welche dem öffentlichen Recht angehören.

Die Frage ist daher, ob der Verzicht Ausfluss des subjektiven öffentlichen Rechts selbst ist oder nicht[28].

Das subjektive öffentliche Recht haben wir als ein bei Vorliegen des entsprechenden Status und Eintritt des gesetzlichen Tatbestandes ipso iure entstandenes und klagbares Recht eines Individuums gegenüber dem Träger der öffentlichen Pflicht auf die gesetzlich bestimmten Leistungen definiert.

[27] G. Jellinek kommt zum gleichen Schluss, jedoch mit anderer Begründung, siehe Seite 81.
[28] Wie dies im Privatrecht angenommen wurde, s. S. 66.

Damit ist als Gegenstück zum Status als dem rein formellen Rechtsverhältnis die materiell-rechtliche Stellung des Trägers eines subjektiven öffentlichen Rechts ausgedrückt. Sie beinhaltet obligatorische Rechte, welche — zum Unterschied vom Privatrecht — im Interesse der Allgemeinheit und aus Gründen des öffentlichen Wohls verliehen worden sind und sich gegen eine Person richten, welche meistens Träger öffentlicher Gewalt ist. Diese ist zur Erfüllung der subjektiven öffentlichen Rechte von Gesetzes wegen verpflichtet. Diese Verpflichtung hat der Gesetzgeber ebenfalls im Interesse der Allgemeinheit, aus Gründen des öffentlichen Wohls statuiert.

Wenn wir unter diesen Gesichtspunkten an die Frage der Verzichtbarkeit herantreten, so steht — gleich wie im Privatrecht — einmal so viel fest, dass der Träger eines subjektiven öffentlichen Rechts den zur Erfüllung Verpflichteten nicht durch eine einseitige und empfangsbedürftige Verzichtserklärung von der gesetzlich statuierten Leistungspflicht entbinden kann. Dies könnte nur mittels eines actus contrarius, d. h. durch Gesetz oder gegebenenfalls durch den Eintritt des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes, welcher eine öffentliche Pflicht ipso iure untergehen lässt, geschehen. Ja — und damit stossen wir auf einen grundsätzlichen Unterschied gegenüber dem Privatrecht — im öffentlichen Recht können nicht einmal die beiden am Rechtsverhältnis beteiligten Subjekte den Untergang der Leistungspflicht vereinbaren, es sei denn, das Gesetz selbst räume ihnen diese Fähigkeit ein. Ist jedoch diese Möglichkeit gegeben, dann handelt es sich nicht mehr um einen Verzicht im Sinne unserer Ausführungen.

Kann aber der Berechtigte seinerseits ein ihm gesetzlich verliehenes subjektives öffentliches Recht in dem Sinne aufgeben, dass er durch Abgabe einer dahingehenden Willenserklärung auf die gesetzlich festgelegten Leistungen generell verzichtet, obwohl die diesem subjektiven öffentlichen Recht kongruente öffentliche Pflicht zur Leistung weiterbestehen bleibt?

Die subjektiven öffentlichen Rechte hatten — historisch gesehen — den Sinn und Zweck, dass sie dem einzelnen Individuum gegen die Macht Staat bestimmte Rechte zugestehen sollten, die es gerichtlich geltend machen kann. Es sollte m. a. W. einen Rechtstitel besitzen, mit dessen Hilfe der Staat durch den Richter verpflichtet werden kann, bestimmte Leistungen auszurichten. So betrachtet, bedeuten die subjektiven öffentlichen Rechte ebenfalls rechtliche Fähigkeiten, die dem Berechtigten durch die Rechtsordnung eingeräumt worden sind. Damit ist aber noch lange

nicht gesagt, dass der Berechtigte auch kraft seines Willens über solche ihm zugestandene Rechte nach Belieben verfügen, bzw. auf dieselben verzichten könne. Denn unter Umständen läge eine solch unbeschränkte Verfügungsmöglichkeit in diametralem Gegensatz zu den Intentionen des Gesetzgebers, welche die Erfüllung der gesetzgeberischen Absichten zum Scheitern verurteilen könnte[29].

Die dem Individuum von der Rechtsordnung verliehene Fähigkeit kann demselben auch nur von der Rechtsordnung her wieder entzogen werden. Gleich wie beim Status kann der Privatwille selber nicht aus eigener Macht das ihm verliehene rechtliche Können, welches in konkreto den Besitz von subjektiven öffentlichen Rechten beinhaltet, in ein Nichtkönnen verwandeln. Das subjektive öffentliche Recht stellt gleich wie der Status ein rechtliches Können dar. Entstehungs- und Untergangsgründe sind auch hier gesetzlich abschliessend normiert.

Haben demnach die subjektiven öffentlichen Rechte nicht nur Individualinteressen, sondern ebensosehr Zwecken der allgemeinen Wohlfahrt zu dienen, kann die ihnen korrespondierende öffentliche Leistungspflicht nicht einmal durch Vereinbarung der am Rechtsverhältnis beteiligten Subjekte aufgehoben werden und stellt endlich das subjektive öffentliche Recht eigentlich den Kreis des Könnens eines Individuums in materiellrechtlicher Beziehung dar, so ergibt sich daraus die u. E. zwingende Folgerung, dass auf solche Rechte mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht durch eine einseitige Willenserklärung verzichtet werden kann.

Um ein subjektives öffentliches Recht zum Erlöschen zu bringen, braucht es daher ebenfalls einen dem Entstehungsakt gleichwertigen actus contrarius. Als solcher ist aber ein Verzicht ungeeignet.

Diese Folgerungen gelten naturgemäss sowohl für unbedingte, bedingte und betagte Rechte.

So wird es verständlich, warum ein Verzicht auf das mit Erreichung des gesetzlich vorgeschriebenen Alters erworbene Stimm- und Wahlrecht, welches ein aus dem aktiven Status entspringendes subjektives öffentliches Recht auf Beteiligung an der Bildung des Staatswillens, so oft diese Möglichkeit geboten wird, darstellt, als unmöglich betrachtet

[29] Um das noch deutlicher zu machen, sei es gestattet, folgenden Vergleich zu machen: Jeder Mensch hat ein Recht zu leben. Notfalls kann er dieses Recht mit Gewalt verteidigen. Dieses Recht auf das Leben berechtigt ihn jedoch nicht, darüber nach Belieben zu verfügen. Es gibt kein Recht auf Selbstmord.

wird; oder warum bei Verletzung der Freiheitssphäre eines Individuums, die als negativer Status umschrieben worden ist, auf das hieraus entstehende subjektive öffentliche Recht gegen den Staat auf Schutz und Anerkennung des gefährdeten Rechtsgutes (z. B. das Recht auf Handels- und Gewerbefreiheit) nicht generell verzichtet werden kann. Das gleiche ist hinsichtlich der aus einem positiven Status bei Eintritt des gesetzlichen Tatbestandes entspringenden subjektiven öffentlichen Rechte auf bestimmte positive Leistungen zu sagen, auf die ebenfalls nicht generell verzichtet werden kann, wie wir bei den subjektiven öffentlichen Rechten auf Versicherungsleistungen sehen werden.

Mit dieser Auffassung befinden wir uns in Uebereinstimmung mit einer Mehrzahl von Verwaltungsrechtslehren, die alle aus gleichen oder ähnlichen Ueberlegungen den generellen Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte als rechtlich irrelevant bezeichnen, es sei denn, das Gesetz lasse diese Möglichkeit zu [30].

Das subjektive öffentliche Recht ist demnach insofern eine wichtige Institution des öffentlichen Rechts, als sie dessen Träger einen klagbaren Anspruch, d. h. ein Mittel in die Hand gibt, um den Staat nötigenfalls auf gerichtlichem Wege zur Erfüllung der aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringenden öffentlichen Pflichten zu zwingen. Der Feststellung von Schoenborn [31], die Unverzichtbarkeit dürfte geeignet sein, den Unterschied des subjektiven privaten vom subjektiven öffentlichen Recht und damit überhaupt der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse zu verdeutlichen und schärfer zu beleuchten, ist daher beizupflichten.

Daraus folgt schiesslich, dass der Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht nicht Ausfluss des Rechts selbst ist. Das subjektive öffentliche Recht büsst aber trotz mangelnder Verzichtsmöglichkeit nichts von seinem Charakter als echtes subjektives Recht ein, da u. E. das Moment der Klagbarkeit ausschlaggebend ist [32].

4. Der Verzicht auf öffentlich-rechtliche Ansprüche

Bei der Skizzierung der verschiedenen Theorien über das Verzichtsproblem im öffentlichen Recht wurde bereits deutlich, dass auch von

---

[30] So G. Meyer, Schönborn, Burckhardt, Fleiner, Gerber, Radnitzky, G. Jellinek (Unverzichtbarkeit der abstrakten Ansprüche), u. a.
[31] Schoenborn, S. 96.
[32] A. M. Bühler, S. 14, ebenso Burckhardt; s. S. 79, Anm. 11 hiervor.

solchen Rechtslehrern, die die generelle Verzichtsmöglichkeit auf subjektive öffentliche Rechte verneinen, der Verzicht auf die Ausübung im Einzelfall grundsätzlich als möglich bezeichnet wird [33]. So ist nach G. Jellinek jeder aktuelle Anspruch grundsätzlich verzichtbar, sofern nicht ausdrücklich das Gegenteil festgesetzt ist.

Die Beantwortung der Frage nach der Verzichtbarkeit von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen hängt u. E. davon ab, was unter einem öffentlich-rechtlichen Anspruch zu verstehen ist. Diesbezüglich stellten wir früher fest, dass der Anspruch im Gegensatz zum Status und zum subjektiven öffentlichen Recht keine neuen Fähigkeiten verleiht, da dieselben bereits im subjektiven öffentlichen Recht als solchem enthalten sind. Die Persönlichkeit des Berechtigten wird nicht gemehrt. Der Anspruch bedeutet lediglich die unbedingte, aktuelle und daher fällige, aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen den Träger der öffentlichen Pflicht gerichtete öffentlich-rechtliche Forderung [34].

Wann ein Recht fällig ist und sich daher zu einem Anspruch verdichtet, bestimmt regelmässig das öffentliche Recht, sei es, dass es die Fälligkeitstermine selber bestimmt oder das zur Ausrichtung der Leistungen verpflichtete Subjekt zur Festsetzung der Fälligkeitstermine ermächtigt. Der Anspruch ist daher auch öffentlich-rechtlicher Natur.

In erster Linie kommt es also auf den Gesetzgeber an, ob er einen Verzicht auf öffentlich-rechtliche Ansprüche zulassen will oder nicht. Hat er eine diesbezügliche Bestimmung in diesem oder jenem Sinn erlassen, dann erübrigt sich jede weitere Diskussion.

Der häufigste Fall ist nun aber der, dass der Verzicht positiv-rechtlich gar nicht vorgesehen ist. Zutreffendenfalls ist jeweils aus der Rechtsnatur der in Frage stehenden Ansprüche im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung der entsprechenden öffentlichen Rechtsinstitute zu prüfen, ob ein Verzicht als zulässig anerkannt werden kann. Dabei stösst man auf folgendes:

Die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs ist häufig dem Berechtigten überlassen. Dies ist dann gegeben, wenn das Gesetz die Berücksichtigung des Anspruchs von einer entsprechenden Anmeldung abhängig macht, den Anspruch auf einzelne Leistungen nach Ablauf einer

[33] So u. a. Fleiner, Gerber, G. Jellinek, W. Jellinek u. a.
[34] Siehe Seite 29.

gewissen Zeit als verwirkt erklärt oder wenigstens einer Verjährungsfrist unterwirft. Trifft dies zu, so geht der Anspruch mangels Einreichung der Anmeldung verloren oder erlischt sonst nach Ablauf der gesetzlichen Frist, bzw. kann zum mindesten nicht mehr geltend gemacht werden.

Durch die Aufstellung solcher Bestimmungen hat es das Gesetz selbst dem Berechtigten überlassen, ob er seinen Anspruch geltend machen will oder nicht, mit der Androhung, dass er im letzteren Fall nicht berücksichtigt wird.

Es ist nun nicht einzusehen, warum in einem solchen Fall ein öffentlich-rechtlicher Anspruch nicht auch einseitig verzichtshalber aufgegeben werden kann. Wenn wir bei den subjektiven öffentlichen Rechten feststellten, dass mit der Einräumung des Klagerechts noch lange nicht gesagt sei, der Berechtigte könne auch kraft seines Willens über das ihm zugestandene Recht frei verfügen, so gilt diese Ueberlegung für die öffentlich-rechtlichen Ansprüche dann nicht, wenn der Gesetzgeber selber indirekt diese Möglichkeit durch die Aufstellung von Anmeldevorschriften, von Verwirkungs- oder Verjährungsfristen bejaht hat. Zudem ist zu berücksichtigen, dass durch einen Verzicht auf einen Anspruch nicht auch das subjektive öffentliche Recht als solches untergeht.

Aus diesen Erwägungen kann man u. E. folgern, dass ein öffentlich-rechtlicher Anspruch dann verzichtbar ist — selbst bei Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung —, wenn die Geltendmachung dem Willen des Berechitgten überlassen bleibt.

Es ist der weitere Fall denkbar, dass der Gesetzgeber weder den Verzicht als Untergangsgrund eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs erwähnt, noch Bestimmungen über die Anmeldung, Verwirkung oder Verjährung eines solchen Anspruchs aufgestellt hat, sodass Zweifel entstehen können, ob er die Geltendmachung dem Willen des Anspruchsberechtigten überlassen wollte oder nicht.

Hier ist zu untersuchen, ob die Erfüllung des Anspruchs gleichzeitig mit einer Pflicht auf seiten des Berechtigten verbunden ist oder nicht. Ist dies zu verneinen, weil der Anspruch ein reines Forderungsrecht zu seinen Gunsten beinhaltet, so kann darauf u. E. verzichtet werden; im gegenteiligen Fall aber nicht, da anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe die Erfüllung der mit der Befriedigung des Anspruchs verbundenen Pflicht aus öffentlichen Gründen unbedingt gewollt, woraus zu schliessen ist, er

habe auch den Anspruch selber zu einem unverzichtbaren stempeln wollen[35].

Aehnlich wie im Privatrecht kann daher — bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung — davon ausgegangen werden, dass auf einen öffentlich-rechtlichen Anspruch im Zweifel dann verzichtet werden kann, wenn er nicht zugleich die Kehrseite einer Pflicht ist.

Dagegen wurde schon die Frage aufgeworfen, wie der einzelne anders als auf Grund besonderen Rechtssatzes dazu kommen könne, den Staat von seiner Leistungspflicht zu befreien?[36]

U. E. hat der Gesetzgeber ja gerade dadurch, dass er den Anspruch nicht auch mit einer entsprechenden Pflicht verbunden hat, die Verfügungsfreiheit dem Berechtigten überlassen. So betrachtet, bewegt sich ein Verzicht trotz Fehlens eines besonderen Rechtssatzes innerhalb des Rahmens des Gesetzes. Die entsprechende Leistungspflicht des Staates, der öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt erlischt eo ipso gestützt auf den vom Gesetzgeber stillschweigend zugelassenen Untergangsgrund des Verzichts. Es kann also keine Rede davon sein, der Berechtigte habe kraft eigener Machtvollkommenheit den Staat von seiner Pflicht entbunden[37].

Die bedingte Bejahung der Verzichtbarkeit von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen widerspricht u. E. nicht der ratio legis. Die Oeffentlichkeit hat nämlich bei der Einräumung von subjektiven öffentlichen Rechten die gesamte Rechtsstellung der Individuen, welche eine Besserstellung erfahren sollen, im Auge und nicht nur die Ausrichtung eines einzelnen Anspruches. Ganz abgesehen davon, dass ja der Gesetzgeber selber die Verzichtsmöglichkeit stillschweigend zugelassen hat, ist darauf hinzuweisen, dass mit einem Verzicht auf einen einzelnen Anspruch das subjektive öffentliche Recht als solches nicht untergeht und damit die Erfüllung der gesetzgeberischen Absichten nach wie vor gesichert ist. Die Bejahung der Verzichtbarkeit ist demnach auch eine Folge der rechtlichen

[35] Vgl. u. a. W. Jellinek, S. 205 u. ff.: «Unverzichtbar sind die Rechte, zu deren Ausübung der Berechtigte verpflichtet ist.» Obwohl Jellinek den Begriff Recht verwendet, meint er damit offensichtlich den einzelnen Anspruch.

[36] Zum Unterschied vom Privatrecht, wo sich der Schuldner gegenüber dem Gläubiger aus freien Stücken verpflichtet, auferlegt im öffentlichen Recht das Gesetz dem Träger die öffentliche Pflicht. Folglich kann auch das Gesetz allein über die Untergangsgründe befinden.

[37] So Schoenborn, S. 73, vgl. auch Piloty, S. 580: «Auf Forderungen des öffentlichen Rechts kann, soweit nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, einseitig ebensowenig verzichtet werden, als auf Forderungen des Privatrechts.»

Natur des öffentlich-rechtlichen Anspruchs, der nach früheren Feststellungen kein neues Können, keine Mehrung der Persönlichkeit bedeutet, weshalb auch von diesem Gesichtspunkt aus keine Einwendungen gegen den Grundsatz der Verzichtbarkeit erhoben werden könnten.

Spzieller Erörterung bedürfen jene subjektiven öffentlichen Rechte, die sich in der Erfüllung eines einzigen Anspruches erschöpfen und untergehen. Obwohl mit der Erfüllung der Leistungspflicht auch die subjektiven öffentlichen Rechte untergehen, kann im Falle eines Verzichts auf den entsprechenden Anspruch — sofern dies gesetzlich zulässig ist — u. E. nicht dagegen eingewendet werden, damit hätte der Berechtigte auf das subjektive öffentliche Recht selbst verzichtet. Die beiden Untergangsgründe sind nämlich auseinanderzuhalten: Der Anspruch ist infolge Verzichts untergegangen; das subjektive öffentliche Recht aber infolge Untergangs der Leistungspflicht, die sich in der Ausrichtung einer einmaligen Zuwendung erschöpfte, auf die verzichtet worden ist.

Bei dieser Betrachtungsweise wird es verständlich, warum ein Stimmberechtigter im Einzelfall von der Abgabe seiner Stimme absehen kann, also auch auf den Anspruch auf Teilnahme an einer bestimmten Sachentscheidung verzichten kann, ohne sich damit seines Stimmrechts als solches zu begeben. Aus diesen Gründen wird auch als mit dem öffentlichen Recht vereinbar angesehen, wenn ein Bürger, der in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt worden ist, im Einzelfall von der Verfolgung seines Anspruchs absieht, d. h. darauf verzichten kann; oder wenn das Individuum auf einzelne gesetzlich bestimmte Leistungen verzichtet, wie wir im nächsten Kapitel mittels Beispielen nachweisen werden.

Zusammenfassend wiederholen wir, dass — vorbehältlich anderweitiger gesetzlicher Regelung — auf Statusverhältnisse und subjektive öffentliche Rechte n i c h t verzichtet werden kann, wohl aber auf öffentlich-rechtliche Ansprüche, es sei denn, sie seien gleichzeitig die Kehrseite einer Pflicht[38].

[38] Zum gleichen Schluss gelangt z. B. BGE, 49, I, 180/181: «... dass ein Verzicht auf öffentliche Rechte und zwar auch auf publizistische Ansprüche des einzelnen gegen das Gemeinwesen nur in beschränktem Umfange und nur ausnahmsweise wirksam ist. Da solche Rechte nicht sowohl um des einzelnen willen, als im Interesse der Gesamtheit gegeben sind, kann im a l l g e m e i n e n, d. h. wenn das Gesetz es nicht besonders gestattet oder es nicht a u s d e r N a t u r d e s A n s p r u c h s ohne weiteres folgt, a u f d a s R e c h t a l s s o l c h e s nicht verzichtet werden, während freilich der Berechtigte gewöhnlich und zumal bei Vermögenswerten die Möglichkeit hat, von der Ausübung seines Rechts im einzelnen Fall abzusehen und dadurch auf den einzelnen aktuellen Anspruch zu verzichten.»

§ 6. Der Verzicht im Sozialversicherungsrecht

I. EINLEITUNG

Das Sozialversicherungsrecht weist in seinen Grundzügen dieselbe rechtliche Struktur wie das öffentliche Recht auf, da es ein Teilgebiet des letzteren darstellt[1]. Auch die subjektiven öffentlichen Rechte auf Leistungen der Sozialversicherung sind mittelbar Ausfluss des allgemeinen positiven Status[2].

Mit Rücksicht auf die Wesensgleichheit des Sozialversicherungsrechts mit dem öffentlichen Recht sind der Verzichtsbegriff und die Grundsätze der Verzichtbarkeit die gleichen. Im nachfolgenden handelt es sich also in der Hauptsache nur noch darum, die gefundenen Erkenntnisse auf die verschiedenen Rechtsinstitute des Sozialversicherungsrechts unter Berücksichtigung der Gerichtspraxis anzuwenden und auf Besonderheiten hinzuweisen.

II. DER VERZICHT AUF DEN VERSICHERTENSTATUS

Den Versichertenstatus haben wir als die bei Vorliegen des gesetzlich umschriebenen Tatbestandes ipso iure verliehene Eigenschaft des Versichertseins eines Individuums, die die Voraussetzung zur Entstehung von subjektiven öffentlichen Rechten auf Leistungen der Sozialversicherung bildet, bezeichnet[3]. Der Versichertenstatus ist eine spezielle Art des allgemeinen positiven Status und teilt mit diesem dieselbe rechtliche Natur. Er entsteht bei Vorliegen der gesetzlich umschriebenen subjektiven und objektiven Voraussetzungen ohne Mitwirken des Willens des Versicherten. Ebenso sind die Untergangsgründe gesetzlich abschliessend geregelt[4].

Handelt es sich also hier wie im öffentlichen Recht lediglich um eine Eigenschaft oder eine Fähigkeit, dann kann auf sie grundsätzlich ebenfalls nicht verzichtet werden, es wäre denn, das Gesetz selbst hätte diese

[1] Siehe S. 34.
[2] Siehe S. 25 hiervor. «Mittelbar» deshalb, weil die subjektiven öffentlichen Rechte unmittelbar Ausfluss des speziellen Status, nämlich des Versichertenstatus sind.
[3] Siehe S. 36.
[4] Siehe S. 35 u. ff.

Möglichkeit geschaffen. Dies ist jedoch weder im KUVG[5], MVG[6] noch AHVG[7] der Fall.

Eine Willenserklärung eines in einem versicherungspflichtigen Betriebes beschäftigten Arbeiters gegenüber der SUVA, eines im Dienst stehenden Wehrmannes gegenüber der Militärversicherung oder endlich einer in der Schweiz wohnenden natürlichen Person gegenüber der zuständigen Ausgleichskasse auf Verzicht auf die Zugehörigkeit zum Kreis der versicherten Personen ist demnach rechtlich unbeachtlich[8].

III. DIE VERZICHTBARKEIT VON SUBJEKTIVEN ÖFFENTLICHEN RECHTEN AUF LEISTUNGEN DER SOZIALVERSICHERUNG

Das subjektive öffentliche Recht auf Leistungen der Sozialversicherung als Gegenstand des Leistungsverhältnisses haben wir als ein bei Vorliegen des Versichertenstatus und Eintritt des Versicherungsfalles ipso iure entstandenes und klagbares Recht des Versicherten gegenüber dem Versicherungsträger auf die gesetzlich bestimmten Leistungen der Sozialversicherung definiert[9].

Gleich wie beim Versichertenstatus ist auch für die Entstehung und den Untergang der subjektiven öffentlichen Rechte das Gesetz alleiniger Rechtsgrund[10].

---

[5] Aus den gleichen Gründen ist die SUVA z. B. auch nicht befugt, weder mit dem Einverständnis der Beteiligten, noch auf besonderen Wunsch des Inhabers hin, einen versicherungspflichtigen Betrieb ganz oder teilweise von der Versicherung auszunehmen, vgl. hierzu Graven, SJK, 346; s. auch Führer, S. 2, I, Ziff. 2, 2.

[6] Gl. M. Oberholzer, S. 215 u. ff.: «Im öffentlichen Recht ist ein Verzicht nur auf Grund besonderer Bestimmungen zulässig und an diesen fehlt es im MVR»; Arnold, S. 161: «Der Verzicht ist im MVG nirgends geregelt. Daraus darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass er überhaupt nicht zulässig sei. Allerdings kann von einem generellen rechtsvernichtenden Verzicht auf den Versicherungsanspruch die Rede nicht sein. Denn die MV ist eine Zwangsversicherung, der sich die im Gesetze als Versicherte aufgeführten Personen nicht durch einseitigen Willensakt entziehen können». Diese Feststellungen, die noch unter der Herrschaft des aMVG gemacht worden sind, gelten ohne Einschränkung auch für das MVG 1949, und zwar nicht nur hinsichtlich des Verzichts auf die Rechte gegenüber der Sozialversicherung, sondern auch für den Verzicht auf den Versichertenstatus.

[7] Vgl. Urteil des EVG i. S. Ritzel Heinr. vom 7. 12. 1948, vgl. auch Urteil des EVG i. S. Brand H., vom 13. 1. 50.

[8] Hinsichtlich der Literatur verweisen wir ferner auf Senn, S. 77, Kistler, S. 125 und Piloty, S. 580 u. a.

[9] Siehe S. 43.

[10] Siehe S. 43 u. ff.

Durch die bei Eintritt des Versicherungsfalles kraft Gesetzes entstehenden subjektiven öffentlichen Rechte auf bestimmte Versicherungsleistungen wird die Förderung des allgemeinen Wohls angestrebt. So erwirbt der gemäss KUVG Versicherte, der einen Betriebsunfall erlitten hat und als Folge davon eine bleibende Erwerbsunfähigkeit davonträgt, ein subjektives Recht auf Ausrichtung einer Invalidenrente, der Militärversicherte bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein subjektives öffentliches Recht auf Zusprechung einer Invalidenpension und der in der AHV Versicherte bei Erreichung der Altersgrenze ein Recht auf die gesetzlich vorgesehene Altersrente und wird auf diese Weise vor wirtschaftlicher Not und Armengenössigkeit bewahrt, was im eminenten Interesse des Staates und damit der Oeffentlichkeit liegt.

Die subjektiven öffentlichen Rechte, die gerichtlich geltend gemacht werden können [11], bedeuten eigentlich den Kreis des Könnens eines Versicherten in materiell-rechtlicher Hinsicht; ihnen stehen als kongruente Rechtsfolge die öffentlichen Pflichten der Versicherungsträger auf Ausrichtung der gesetzlich bestimmten Leistungen gegenüber.

Mit Rücksicht auf die öffentliche Rechtsnatur dieser subjektiven Rechte hinsichtlich ihrer Entstehungs- und Untergangsgründe, ihrer Eigenart und Aufgabe ist es naheliegend, anzunehmen, dass auf dieselben ebenfalls nicht verzichtet werden kann, es läge denn eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung vor.

Wie steht es nun damit in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung?

1. In der obligatorischen Unfallversicherung

Das KUVG gewährt echte subjektive öffentliche Rechte auf nachfolgende Versicherungsleistungen: Krankenpflege, Krankengeld, Invaliden- und Hinterlassenenrente sowie Bestattungsentschädigung [12]. Hingegen besteht kein subjektives öffentliches Recht auf eine Kapialabfindung oder einen Rentenauskauf, weshalb auch hier von einem Verzicht keine Rede sein kann.

Der Verzicht als Untergangsgrund ist im KUVG nicht ausdrücklich vorgesehen. Nun bestimmt aber Art. 97 Abs. 2, dass das Recht auf eine

[11] Siehe S. 46, 52, 55/56.
[12] Siehe S. 44 hiervor.

bereits zugesprochene Rente durch die Anstalt als verwirkt abgeschrieben werden müsse, wenn vom Berechtigten oder in dessen Namen bei der Anstalt seit zwei Jahren keine Zahlung fälliger Raten verlangt worden sei[13]. Ausserdem tritt gemäss Art. 9 Abs. 3 der V. V. II über die Unfallversicherung[14] grundsätzlich die Verwirkung von Versicherungsansprüchen ein, wenn gegen die Abweisung derselben nicht innert der sub. lit. a—c aufgeführten gesetzlichen Fristen die gerichtliche Klage erhoben worden ist.

Die Verwirkung hat zur Folge, dass das subjektive öffentliche Recht auf eine bereits zugesprochene Rente objektiv untergeht (Art. 97 Abs. 2) oder das Entschädigungsrecht als solches, bzw. die subjektiven öffentlichen Rechte auf eine allenfalls höhere Rente (Art. 9, lit. a der V. V. II), auf Krankenpflege oder ein höheres Krankengeld (Art. 9, lit. b der V. V. II), bzw. auf zukünftige Sach- und Dienstleistungen in der Form von Krankenpflege, bzw. zukünftige Geldleistungen in der Form von Krankengeld oder Rentenzahlungen (Art. 9, lit. c ders. VO) erlöschen. Die Frage der Verwirkung hat dabei der Richter von Amts wegen zu prüfen[15].

Durch die Aufstellung dieser Verwirkungsfristen macht der Gesetzgeber die Erfüllung der in Frage kommenden subjektiven öffentlichen Rechte von einem Tätigwerden des Berechtigten abhängig. Nimmt er während der gesetzlich vorgeschriebenen Frist die zur Erhaltung des Rechts nötige Handlung wie z. B. Reklamierung der Zahlung, Einreichung der gerichtlichen Klage nicht vor, so erlischt sein allfälliges Recht mit Abauf der gesetzlichen Frist.

Damit scheint die Verzichtsmöglichkeit auf subjektive öffentliche Rechte im KUVG gegeben zu sein, da es der Berechtigte in der Hand hat, durch Nichtvornahme der zur Erhaltung seines Rechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlung den gleichen Rechtserfolg, nämlich den objektiven Untergang des Rechts[16], herbeizuführen. Bejahendenfalls hätten wir dieselbe Rechtslage wie bei den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, bei denen wir feststellten, es sei, da der Gesetzgeber die Geltendmachung eines Anspruchs dem Berechtigten überlassen habe, nicht einzusehen, warum in einem

---

[13] Im Entwurf z. KUVG, Art. 67, 2, war noch von Verjährung und nicht Verwirkung die Rede, s. BBl 1906, S. 381 und 429.
[14] AS, n. F., 33, S. 998.
[15] Siehe JZ, 34, S. 281.
[16] Siehe Oberst, S. 96.

solchen Fall auf einen öffentlich-rechtlichen Anspruch nicht einseitig verzichtet werden könnte [17].

Bei Prüfung dieser Frage ist folgendes zu beachten: Art. 97 Abs. 2 setzt voraus, dass das subjektive öffentliche Recht auf Rentenleistungen bereits entstanden und von der Anstalt anerkannt worden ist, aber während zwei Jahren keine Zahlung fälliger Raten verlangt wurde [18]. Es handelt sich also bei den bereits fällig gewordenen Teilrenten oder Raten in Tat und Wahrheit um einzelne Ansprüche im Sinne unserer Definition. Auf die Frage deren Verzichtbarkeit werden wir später eingehen. Hier steht zur Diskussion, ob der Berechtigte auf z u k ü n f t i g e Rentenleistungen und damit eigentlich auf das subjektive öffentliche Recht selber deshalb verzichten könne, weil er durch die Nichtvornahme der gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen praktisch den gleichen Rechtserfolg, wie ihn ein Verzicht hätte, herbeiführen kann, nämlich den Untergang des subjektiven öffentlichen Rechts als solches und damit den Verlust von zukünftigen Versicherungsleistungen.

Dieselbe Frage stellt sich ebenfalls hinsichtlich des Art. 9 der V.V. II, da es sich auch dort um den Verzicht auf subjektive Rechte auf zukünftige Leistungen handeln würde.

Die Verzichtbarkeit dieser subjektiven öffentlichen Rechte gegenüber der SUVA möchten wir aber aus folgenden Gründen verneinen:

Die Regelung in Art. 97 Abs. 2 widerspricht u. E. Wesen und Zweck der Sozialversicherung [19]. Diese Bestimmung ist daher im Sinne einer Ausnahme restriktiv zu interpretieren. Folglich kann und darf aus ihr nicht der indirekte Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber habe damit auch den Verzicht als Untergangsgrund dieser subjektiven öffentlichen Rechte anerkennen oder zulassen wollen. Dieser hätte nämlich den sofortigen objektiven Untergang des Rechts zur Folge. Es wäre dem Verzichtenden nachträglich nicht mehr möglich, darauf zurückzukommen [20]. Solange aber die Verwirkungsfrist nicht verstrichen ist, hat der Berechtigte jederzeit die Möglichkeit, sich auf sein Recht zu besinnen und es geltend zu machen. Die Zulassung des Verzichts hätte also in sozialversicherungs-

[17] Siehe S. 91 hiervor.
[18] So Dürr, S. 133 und dortige Hinweise.
[19] Siehe S. 34, über die Gründe, die zur Aufstellung dieser Bestimmung geführt haben, s. Lauber, S. 230, No. 119.
[20] Es sei denn, er könnte geltend machen, er habe sich bei der Abgabe der Verzichtserklärung in einem tatsächlichen oder rechtlichen Irrtum befunden.

rechtlicher Hinsicht eine weitere Schlechterstellung der Versicherten zur Folge, was gerade mit Rücksicht auf Sinn und Geist der Unfallversicherung als einer um sozialer Zwecke willen eingeführten Zwangsversicherung und den Ausnahmecharakter dieses Art. 97 Abs. 2 zu verhindern ist.

Mit Rücksicht auf die Natur der subjektiven öffentlichen Rechte, die Tatsache, dass der Gesetzgeber selber den Verzicht als Untergangsgrund nicht ausdrücklich anerkannt hat, auf das der Unfallversicherung innewohnende soziale Zweckmoment und den Ausnahmecharakter der oben zitierten Gesetzesbestimmung ist daher u. E. auf die Unverzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte auch auf die Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung zu schliessen [21].

Geht also ein subjektives öffentliches Recht in Anwendung von Art. 97 Abs. 2 KUVG (oder Art. 9 Abs. 3 der V. V. II) unter, so ist die causa nicht ein allfällig ausgesprochener Verzicht, sondern die Rechtsnorm, wonach das Recht infolge Nichtgeltendmachung während zwei Jahren erlischt [22].

2. In der Militärversicherung

Das MVG anerkennt bei Eintritt eines versicherten Ereignisses je nach der Lage des Falles ein subjektives öffentliches Recht auf Krankenpflege, Krankengeld, Invaliden- oder Hinterlassenenpension und endlich auf Bestattungsentschädigung sowie Vergütung von Sachschäden [23]. Kein subjektives öffentliches Recht, sondern ein blosses Reflexrecht besitzt der Versicherte auf die Gewährung einer Auskaufs- oder Abfindungssumme, auf die Nachfürsorge, die Aszendenten und Geschwister auf die Zusprechung einer Hinterlassenenpension, weshalb sich hier die Verzichtsfrage gar nicht stellt.

Vom Verzicht als Untergangsgrund der subjektiven öffentlichen Rechte ist im ganzen Militärversicherungsrecht nicht die Rede. Aehnlich wie im KUVG, jedoch zum Unterschied von der Regelung im aMVG tritt nun aber

---

[21] Vgl. hierzu Graven, SJK, 719, S. 3: «Denn wenn die Ansprüche des Versicherten gegen die Suval auch öffentliche und nicht privatrechtliche sind und wenn ein allgemeiner und absoluter Verzicht eines Versicherten auf alle Ansprüche, die er zeitlebens gegen die Suval haben könnte, auch nicht rechtsgültig wäre, so kann er im Einzelfall doch auf bestimmte Leistungen ... sehr wohl verzichten.»

[22] Vgl. auch Schoenborn, S. 37; gl. M. VGer des Kts. Zürich in BZR, 36, S. 111.

[23] Siehe S. 49 u. ff.

die Verwirkung des Rechts gemäss Art. 13, Ziff. 2 und 4 MVG dann ein, wenn der Versicherte ein Revisionsgesuch nicht innerhalb 90 Tagen von der Entdeckung des Revisionsgrundes an gerechnet einreicht, spätestens aber nach Ablauf von 5 Jahren[24].

Diese Bestimmung wurde im Interesse einer endlichen und abschliessenden Regelung, an der auch sowohl den Versicherten wie der Militärversicherung viel liegt, getroffen. Da aber im übrigen das MVG keine Verjährungs- oder Verwirkungsfristen wie das vorhin erwähnte KUVG in Art. 97 Abs. 2 aufgestellt hat, kommt gerade hier der öffentliche Zweck und sozialversicherungsrechtliche Gedanke noch besser zur Geltung.

Fehlen demnach gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit des Verzichts auf subjektive öffentliche Rechte, ja sogar über die Verjährung und Verwirkung solcher Rechte mit Ausnahme im Rechtsmittelverfahren, so ist mit Rücksicht auf die Natur der subjektiven öffentlichen Rechte a fortiori auf deren Unverzichtbarkeit zu schliessen[25].

3. In der Alters- und Hinterlassenenversicherung

Das AHVG gewährt bei Vorliegen der im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen ein subjektives öffentliches Recht auf Auszahlung der einfachen Altersrente, der Ehepaar-Altersrente, der Witwen- oder der einfachen Waisen-, bzw. Vollwaisenrente. Die Frage des Verzichts stellt sich naturgemäss auch hier nur bei jenen Personen, welche ein subjektives öffentliches Recht und nicht nur ein Reflexrecht besitzen[26].

Das AHVG kennt keinen Verzicht als Untergangsgrund, stellt aber auch keine Verwirkungs- oder Verjährungsfristen für die subjektiven öffent-

---

[24] Vgl. z. B. Urt. i. S. Kanne, vom 14. 11. 22, IS, wo festgestellt wird, dass in der Tatsache der Unterlassung eines Weiterzuges einer ablehnenden Verfügung der MV an das EVG nicht ein materieller Verzicht auf das Recht zu erblicken sei. Vielmehr liege darin lediglich ein Verzicht auf die formelle Verfolgung der Ansprüche für die Zeit des Stillschweigens, «was nicht in jeder Hinsicht dieselben Konsequenzen hat wie ein materieller Verzicht». Demgegenüber hat nun das neue MVG eine Verwirkungsfrist aufgestellt, sodass die Nichteinreichung eines Revisionsgesuches den Untergang des Rechts zur Folge hat, also u. U. ein materieller Rechtsverzicht auf wenigstens die zurückliegenden Leistungen angenommen werden könnte.

[25] Gl. M. Du Pasquier, SJK, 878, Ziff. III, 1.

[26] Wie die Mutterwaisen, Pflegekinder und die Personen der Uebergangsgeneration.

lichen Rechte, sondern nur eine fünfjährige Verjährungsfrist für den einzelnen Rentenanspruch gemäss Art. 46[27] auf.

Aus dieser Tatsache und unseren früheren Darlegungen hinsichtlich des KUVG und MVG ist daher gleichermassen auf die Unverzichtbarkeit der subjektiven öffentlichen Rechte gegenüber der AHV zu schliessen.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass in allen drei Sozialversicherungsgesetzen entsprechende Rechtsnormen, welche zur Bejahung der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten führen könnten, fehlen. Der Verzicht auf subjektive öffentliche Rechte ist daher im Sozialversicherungsrecht nicht möglich.

IV. DER VERZICHT AUF DIE VERSICHERTENANSPRÜCHE

Den Versichertenanspruch haben wir als eine unbedingte, aktuelle und daher fällige, aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen den Versicherungsträger gerichtete öffentlich-rechtliche Forderung eines Versicherten auf eine bestimmte Versicherungsleistung definiert, und dabei festgestellt, dass die Geltendmachung dem Willen des Berechtigten anheimgestellt sein kann[28]. Dies sei immer dann anzunehmen, wenn das Gesetz die Berücksichtigung des Anspruchs von einer entsprechenden Anmeldung abhängig mache, ihn nach Ablauf einer gewissen Zeit bei Nichtvornahme der gesetzlich vorgeschriebenen Handlung als verwirkt erkläre oder eine entsprechende Verjährungsfrist aufgestellt habe.

Aus der Rechtsnatur des öffentlich-rechtlichen Anspruches folgerten wir, dass auf ihn — vorbehältlich anderweitiger gesetzlicher Regelung — verzichtet werden könne, sofern er nicht zugleich die Kehrseite einer Pflicht sei.

Diese Schlussfolgerungen gelten ohne Einschränkung auch für den Versichertenanspruch, da er nur eine spezielle Art des öffentlich-rechtlichen Anspruches darstellt. Wir befinden uns damit in Uebereinstimmung mit den Intentionen des Gesetzgebers und der Doktrin, wie aus nachfolgenden Erwägungen hervorgeht:

---

[27] Ueber die Folgen eines Verzichts auf die Berufung gilt grundsätzlich dasselbe wie bei der MV. Es ist zu beachten, dass die Verjährung das Recht als solches nicht untergehen lässt, sondern nur das Recht auf Rechtsverfolgung; vgl. auch Binswanger zu Art. 46, S. 200: «Der Anspruch auf die Rente selbst verjährt grundsätzlich nicht.»

[28] Siehe S. 61.

Die Unfallversicherung, die Militärversicherung und die Alters- und Hinterlassenenversicherung haben die Sicherung gewisser Bevölkerungsklassen zum Ziel und wollen dieselben vor wirtschaftlich nachteiligen Folgen gewisser versicherter Ereignisse schützen.

Die Verwirklichung dieses Ziels wurde gesetzlich dadurch sichergestellt, dass die von der Sozialversicherung erfassten Personen die Versicherungsfähigkeit und die eventuellen Rechte auf Leistungen von Gesetzes wegen erwerben. Der Versichertenstatus und die aus ihm entspringenden subjektiven öffentlichen Rechte wurden daher so konstruiert, dass sie unverzichtbar sind und die Statuierung der Unverzichtbarkeit im Gesetz als blosse Bestätigung des Grundsatzes eine überflüssige Bestimmung gewesen wäre.

Nicht so beim Versichertenanspruch. Da er eine konkrete, aus dem subjektiven öffentlichen Recht entspringende, gegen den Versicherungsträger gerichtete Forderung des Versicherten darstellt, ist auch dessen Geltendmachung dem Berechtigten grundsätzlich überlassen, es wäre denn, der Gesetzgeber schliesse dies ausdrücklich aus[29].

Das ist weder in der Unfallversicherung, der Militärversicherung noch in der Alters- und Hinterlassenenversicherung der Fall. Im Gegenteil! Gemäss Art. 97 Abs. 1 KUVG kann durch die SUVA jede Monatsrate einer Rente[30] als verwirkt erklärt werden, wenn ihre Zahlung nicht binnen drei Monaten nach Fälligkeit vom Berechtigten oder in dessen Namen bei der Anstalt verlangt worden ist. Das MVG knüpft an die Nichtanmeldung eines Anspruchs keine Verwirkungs- oder Verjährungsfolgen, setzt aber oft ein Tätigwerden des Versicherten im Sinne einer Anmeldung voraus, wie in den Art. 6, 9, 13, 16 und 41, Ziff. 1, lit. c. Das AHVG endlich lässt den Anspruch auf einzelne Rentenzahlungen mit dem Ablauf von 5 Jahren seit ihrer Fälligkeit verjähren gemäss Art. 46.

Aus diesen Feststellungen und unseren früheren Ueberlegungen hinsichtlich der Verzichtbarkeit von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen ist auch hier grundsätzlich zu folgern, dass auf die einzelnen Versichertenansprüche verzichtet werden kann. Eine Ausnahme von dieser Regel muss dann gemacht werden, wenn der Anspruch gleichzeitig die Kehrseite einer Pflicht ist.

---

[29] Gl. M. Kistler, S. 125 u. ff.
[30] Die Rente muss also bereits zugesprochen sein, s. JZ, 24, S. 68.

So ist der von einem Unfall Betroffene gemäss den Art. 69 und 71 KUVG verpflichtet, vom Eintritt des versicherten Ereignisses seinen Betriebsinhaber oder seinen Stellvertreter in Kenntnis zu setzen und sich den Anordnungen der Anstalt hinsichtlich der Behandlung zu unterziehen[31]. Eine ähnliche Pflicht hat das MVG in den Art. 9, 18 und 46 statuiert.

Die Anmeldepflicht musste deshalb statuiert werden, weil die Leistungspflicht der SUVA oder der MV das Vorliegen eines versicherten Ereignisses voraussetzt. Ob dies gegebenenfalls zu bejahen ist, bedarf eingehender Erhebungen. Kann nun der Tatbestand infolge Verletzung der Anmeldepflicht nicht mehr sicher oder überhaupt nicht mehr festgestellt werden, so ist es dem Versicherungsträger nicht zuzumuten, die Folgen hierfür zu übernehmen. Aus diesen Gründen haben das KUVG[32] und das MVG als äusserste Sanktion den Verlust jeglichen Anspruchs angedroht.

Mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses hat also der Verunfallte u. U. einen Anspruch auf Krankenpflege, bestehend aus ärztlicher Untersuchung, eventuell Einlieferung in ein Spital u. ä. Dieser Anspruch ist aber meistens die Kehrseite einer Pflicht des Versicherten. Erfüllt er sie nicht, so macht er sich einer Pflichtverletzung schuldig und läuft Gefahr, der bereits fällig gewordenen Versicherungsleistungen verlustig zu gehen, ja sogar das subjektive öffentliche Recht auf spätere Leistungen gemäss Art. 70 Abs. 2 KUVG und Art. 46, Ziff. 3 MVG zu verlieren.

Pflicht und Anspruch stehen also hier in einer engen Wechselbeziehung zueinander. Auf einen solchen Anspruch kann daher u. E. nicht verzichtet werden. Ein allfälliger Untergangsgrund ist in einem solchen Fall stets die Rechtsnorm, welche an die Pflichtverletzung die Folge des Untergangs des Rechts knüpft und nicht ein dahingehender Verzichtswille[33].

Demgegenüber steht einem Verzicht auf einzelne Renten nichts im Wege, da der entsprechende Anspruch mit keiner irgendwie gearteten Pflicht verbunden ist.

Die Bejahung der Verzichtbarkeit von Versichertenansprüchen läuft dem sozialen Zweck der Versicherung um so weniger zuwider, als — ganz abgesehen von ihrer Rechtsnatur und der gesetzlichen Regelung — die

---

[31] Die Anordnung soll in Form einer klaren und bestimmten Aufforderung getroffen werden; die SUVA hat darin den Versicherten auf die Folgen einer allfälligen Weigerung aufmerksam zu machen; s. JZ, 17, S. 186; 19, S. 104.

[32] Vgl. hierzu BZR, 27, S. 82.

[33] Dies gilt a fortiori für den Untergang der subjektiven öffentlichen Rechte.

Stellung der Versicherten und ihre subjektiven öffentlichen Rechte auf die Versicherungsleistungen trotz Verzicht auf einzelne Versichertenansprüche erhalten bleiben. Damit ist die Erfüllung der Aufgaben der Sozialversicherung weiterhin gewährleistet.

Gegen die Verzichtsmöglichkeit scheinen nun jedoch die Art. 96 Abs. 1 KUVG, 47, Ziff. 1 MVG und Art. 20 AHVG zu sprechen, wonach die Versichertenansprüche weder gepfändet, mit Arrest belegt, in die Konkursmasse hineingezogen oder abgetreten werden dürfen. Abtretungen oder Verpfändungen, die trotzdem vorgenommen werden, sind ungültig oder nichtig, m. a. W. gelten als rechtlich nicht erfolgt. Dabei dürfen nach Art. 96 KUVG und Art. 47, Ziff. 1 MVG sogar die als Versicherungsleistungen bezogenen Gelder weder gepfändet oder admassiert werden.

Dieser Widerspruch ist ein nur scheinbarer. Aus der Ueberlegung nämlich, dass die Interessen der Oeffentlichkeit — und zu diesen werden auch diejenigen der Versicherten gezählt — jenen privater Gläubiger vorzugehen haben, hat der Gesetzgeber diese Bestimmungen zur Sicherung der Leistungen erlassen. Bei einem Verzicht aber tritt der wirtschaftliche Erfolg beim Versicherungsträger — der ja das öffentliche Interesse zu wahren hat— und nicht bei irgend einer Privatperson ein, da der objektive Untergang und nicht der Uebergang des Anspruchs an einen Dritten die Folge ist[34].

Einem Verzicht auf einen Versichertenanspruch stehen also diese Bestimmungen nicht im Wege. Wohl aber würde beispielsweise eine Abtretung des Anspruchs an einen Dritten in dem Sinne, dass nun der Zessionar die Forderung an Stelle des Versicherten auf Grund der Zession geltend machen könnte, vom Versicherungsträger mit Recht nicht berücksichtigt. Denn Rechte oder Ansprüche, die eine Person aus der Sozialversicherung erworben hat, sollen und können nicht zum Gegenstand von Geschäften gemacht werden[35].

In allen drei Gesetzen der Sozialversicherung ist endlich die Bestimmung zu finden, dass Massnahmen getroffen werden können, damit die

[34] Der Versicherungsträger ist ja auch sonst gegenüber anderen Gläubigern privilegiert, indem er seine Forderungen mit Versicherungsleistungen, mit Ausnahme der Bestattungsentschädigung, verrechnen kann, s. Oberst zu Art. 96 Abs. 3 KUVG.

[35] In diesem Sinn auch Kistler, zu Art. 19 aMVG, S. 125: «Demgemäss liegt nach Ansicht des EVG im Abtretungsverbot nicht die Statuierung der Unverzichtbarkeit auf den fälligen Anspruch, ist doch der Verzicht nichts anderes als Abtretung des Anspruchs an die Militärversicherung.»

Leistungen der Versicherung zum Unterhalt des Bezugsberechtigten und der Personen, für die er zu sorgen hat, verwendet werden gemäss Art. 96 Abs. 2 KUVG, Art. 47, Ziff. 3 MVG und Art. 45 AHVG.

Auch diese Vorschriften schliessen u. E. die Verzichtbarkeit einzelner Versichertenansprüche nicht aus. Zur Begründung weisen wir darauf hin, dass die Anstalt, die Militärversicherung oder der Bundesrat nur dann zu Sicherungsmassnahmen greifen dürften, wenn es sich darum handelte, die zweckwidrige Verwendung von Versicherungsgeldern zu verhindern. Unter zweckwidriger Verwendung hatte aber der Gesetzgeber offenbar nicht etwa den Verzicht auf Versichertenansprüche im Auge, denn erstens hätte er dann auch keine Verwirkungs- und Verjährungsfristen aufgestellt und zweitens gefährdet ein Verzicht nicht die Erfüllung der sozialen Zwecke, da ja der wirtschaftliche Erfolg wieder der Sozialversicherung zugutekommt. Endlich schliesst der Verzicht per definitionem eine zweckwidrige Verwendung aus.

Wie aber, wenn ein Versicherter, beispielsweise um seiner Familie die Versicherungsleistungen böswillig vorzuenthalten, auf jeden neu fällig werdenden Versichertenanspruch verzichten würde? Darauf ist zu antworten, dass ein solcher Verzicht u. E. dann ungültig wäre, wenn damit in Wirklichkeit die Aufgabe des subjektiven öffentlichen Rechts selbst bezweckt würde. «Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz», dieser Grundsatz im Privatrecht gilt analog auch im öffentlichen Recht.

Damit sind wir am Ende unserer Untersuchungen angelangt und können zur Vervollständigung die gefundenen Grundsätze auf praktische Fälle, wie sie dem EVG zur Entscheidung vorgelegen haben, anwenden. Der praktische Wert unserer Schlussfolgerungen wird damit erst eigentlich in das rechte Licht gerückt und das Problem noch nach verschiedenen Seiten hin geklärt.

§ 6. Der Verzicht in der Gerichtspraxis

Das EVG hatte sich bis heute nach unseren Feststellungen fast ausschliesslich mit Verzichtsfällen aus dem Militärversicherungsrecht zu befassen, während kein einziger Entscheid aus dem Gebiet des KUVG vorliegt. Dies mag mit der speziellen Eigenart der obligatorischen Unfallversicherung und dem Umstand zusammenhängen, dass die auf Grund dieses Gesetzes entstehenden subjektiven öffentlichen Rechte nach Ablauf der gesetzlichen Frist infolge Verwirkung untergehen. Dass sich in der AHV noch keine Gerichtspraxis herausbilden konnte, bedarf keiner weiteren Erklärung. Immerhin konnten wir schon auf zwei Urteile[1] hinweisen, welche den Verzicht auf den Versichertenstatus berührten.

In der Folge handelt es sich also darum, die Praxis des EVG kurz darzustellen. Wir befinden uns jedoch insofern in einer etwas heiklen Lage, als alle diese Entscheide das Militärversicherungsrecht berühren und sich auf das aMVG stützen[2]. Wir möchten jedoch auf die Darstellung der bisherigen Gerichtspraxis deshalb nicht verzichten, weil sie das neue MVG in wesentlicher Weise befruchtet hat und sich damit gleichzeitig Gelegenheit gibt, im Anschluss an die alte Regelung auf die durch das MVG 1949 geschaffenen Neuerungen hinzuweisen.

Die Fälle aus der Praxis, die uns vorgelegen haben, lassen sich sachlich nach folgenden Gesichtspunkten ordnen:

I. FORM DES VERZICHTS

1. Weigerung zur ärztlichen Untersuchung.
2. Nichtanmeldung.
3. Widerspruchslose Entgegennahme von Versicherungsleistungen während längerer Zeit.
4. Verzicht auf Berufung.
5. Verzicht durch Vergleich.

[1] Urt. i. S. Ritzel und Brand, s. S. 95, Anm. 7.

[2] Siehe Du Pasquier, SJK, 878, Ziff. I: «Die wichtigeren Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts werden in der amtlichen Sammlung veröffentlicht. Zweifelsohne behalten einige der Entscheide betreffend die Anwendung der alten Gesetze über die Militärversicherung ihren Wert. Angesichts der oft in den Räten geäusserten Ansicht, diese Praxis abzuändern, wird man sie jedoch nur mit Vorsicht beiziehen.»

II. GEGENSTAND DES VERZICHTS

1. Verzicht auf unbestimmte zukünftige Leistungen.
2. Verzicht auf gegenwärtige Leistungen.
3. Verzicht auf zurückliegende Leistungen.

I. FORM DES VERZICHTS

1. Weigerung zur ärztlichen Untersuchung

Das EVG hatte einen Fall zu beurteilen, in welchem der Versicherte seinerzeit darauf verzichtet hatte, sich nach den Anordnungen der MV expertisieren zu lassen [3].

Es ist nicht zweifelhaft, dass ein Versicherter bei Eintritt eines versicherten Ereignisses u. U. ein Recht auf ärztlichen Untersuch besitzt. Dieses Recht ist aber im vorliegenden Fall gleichzeitig eine Pflicht, da die MV die Expertise angeordnet hatte.

Aus der Haltung des Versicherten hat aber die MV und auch das EVG auf einen Verzicht auf Versicherungsleistungen geschlossen mit der Begründung, damit, d. h. mit dem Verzicht auf die von der MV angeordnete Expertise, habe der Versicherte das Risiko einer Verschlimmerung, die er drei Jahre später geltend machte, ganz auf sich genommen.

Dieses Urteil erweckt insofern gewisse Bedenken, als, wie das Gericht selber ausführt, der Versicherte durch seine Verzichtserklärung auf weitere Leitungen der MV verzichtet hat, also nicht nur auf allenfalls fällige Versichertenansprüche, obwohl er wusste, dass bei ihm Verdacht auf Tuberkulose bestand. Durch einen solchen als möglich erklärten Verzicht könnte also der Versicherte praktisch auf das subjektive öffentliche Recht selbst verzichten. Es würde also gerade das als möglich bezeichnet, was wir im Hinblick auf Sinn und Zweck der Sozialversicherung und die Rechtsnatur der subjektiven öffentlichen Rechte auf Versicherungsleistungen ablehnten.

Dieser Fall hätte u. E. folgendermassen in befriedigender Weise behandelt werden können:

Das Recht des Versicherten auf ärztliche Untersuchung bedeutet nach Art. 17 Abs. 1 aMVG zugleich eine Pflicht. Diese Pflicht wurde aufgestellt, um der MV die Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen dem

[3] Urt. i. S. Schlatter vom 14. 3. 1930, IS. 29.

erlittenen Unfall und dem Dienst zu ermöglichen, da sie naturgemäss nur für versicherte Schäden aufzukommen hat. Verletzte der Versicherte diese Pflicht durch die Weigerung, sich ärztlich untersuchen zu lassen, so hatte er sich in Anwendung von Art. 17 Abs. 2 aMVG einer Pflichtverletzung schuldig gemacht und die Feststellungsmöglichkeit hinsichtlich der Kausalität erschwert, wenn nicht verunmöglicht. Er ginge daher der Versicherungsleistungen für die Folgezeit ganz oder teilweise verlustig.

Damit wäre der Rechtsgrund für den Untergang der Versichertenansprüche und des subjektiven öffentlichen Rechts auf zukünftige Leistungen der MV das Gesetz (Art. 17 Abs. 2) und nicht eine allfällige Verzichtserklärung des Versicherten, welche u. E. ungültig ist.

Das neue Recht bringt gegenüber dem aMVG insofern eine wesentliche Neuerung und sozialere Regelung, als die Leistungen bei beharrlicher und unentschuldbarer Missachtung der in Art. 18, Ziff. 1 statuierten Pflichten nur bis zu jenem Zeitpunkt eingestellt werden dürfen, in welchem sich der Versicherte oder seine Angehörigen bereit erklären, den Anordnungen nachzukommen, während das aMVG die MV ermächtigte, die Leistungen auch für die Zukunft zu verweigern.

Ein ähnlicher Tatbestand konnte sich ergeben, wenn der Versicherte — entgegen der Vorschrift des Art. 19 Abs. 1 aMVG — eigenmächtig und ohne die MV anzufragen, eine Privatklinik wählte und sich daher der Untersuchung durch den Anstaltsarzt entzog [4].

Das Gericht ging im zitierten Fall davon aus, dass nach Art. 20 Abs. 2 aMVG die MV bei nichtbewilligter Hauspflege zur Zahlung des Spitalersatzes nicht verpflichtet sei. Eine Ausnahme müsse aber in eigentlichen Notfällen gemacht werden, wo eine Anfrage bei der MV über das zu wählende Spital oder die Einholung der Bewilligung häuslicher Pflege nicht mehr möglich sei ohne eine ernstliche Gefahr der Krankheitsverschlimmerung.

Auf diesen Fall lassen sich die gleichen Grundsätze wie i. S. Schlatter anwenden. Diese Regelung wurde auch ins neue Recht hinübergenommen,

---

[4] Urt. i. S. Netzer vom 10. 8. 18, IS 426; vgl. auch JZ, 42, S. 242; hinsichtlich des KUVG s. BZR, 27, 82, wo das Vers. Ger. des Kts. Zürich im Urt. v. 17. 3. 27 die SUVA schützte, welche die Kürzung der Versicherungsleistungen wegen Nichtbefolgung der von der Anstalt getroffenen Anordnungen (Art. 71 KUVG), Behandlung durch Privatarzt statt durch die von der SUVA bestimmten Klinik, verfügt hatte.

indem nach Art. 17, Ziff. 1 die MV entscheidet, ob Haus- oder Anstaltspflege in Frage kommt. Sie hat auch das Recht, allenfalls die Anstalt zu wählen, welche den Versicherten aufnehmen soll. Im Weigerungsfalle, sich den Anordnungen der MV zu unterziehen, treten dieselben Rechtsfolgen wie bei einer Weigerung zur ärztlichen Untersuchung gemäss Art. 18, Ziff. 2 MVG ein.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn aus der Weigerung, sich einer Operation zu unterziehen, vgl. Art. 18, Ziff. 3 MVG, oder aus der Nichtanwendung der zur Heilung gebotenen Massnahmen seitens des Versicherten gemäss Art. 71 Abs. 3 KUVG scheinbar auf Verzicht geschlossen werden könnte [5].

2. Nichtanmeldung

Gemäss unseren früheren Darlegungen muss ein allfälliger Verzichtswille mit Rücksicht auf das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit der zur Ausrichtung der Leistung verpflichteten Person unmissverständlich zur Kenntnis gelangen, sei es durch eine entsprechende Aeusserung oder auch durch konkludente Handlung [6].

Ein Verzicht kann nun nach EVG u. U. konkludent aus der Unterlassung einer Anmeldung von Versichertenansprüchen gefolgert werden [7].

Diese Verzichtsmöglichkeit ist u. E. entsprechend unseren bisherigen Ausführungen nur dann gegeben, wenn es sich um reine Ansprüche, die nicht zugleich die Kehrseite einer Pflicht sind, handelt und nicht gleichzeitig das subjektive öffentliche Recht selbst mit im Spiele ist.

Das Gericht hat in seiner Praxis verschiedene Grundsätze entwickelt, die erwähnt zu werden verdienen.

Aus der Erwägung, dass ein Verzichtswille unmissverständlich zum Ausdruck kommen müsse, leitete das EVG den Grundsatz ab, dass ein Verzicht im Zweifel nicht zu vermuten sei [8].

---

[5] Siehe ZBJV, S. 393.
[6] Siehe S. 75 hiervor.
[7] Urt. i. S. Comba vom 15. 7. 27, IS 391: «Ein Verzicht resultiert aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur aus einer ausdrücklichen Erklärung oder aus konkludenter Handlung»; so auch Urt. i. S. Bader vom 13. 12. 27, IS 703, Urt. i. S. Wicki vom 21. 3. 28, IS 47.
[8] Urt. i. S. Zimmermann vom 9. 12. 24, IS 710 und i. S. Felder vom 23. 3. 20, IS, I, 347.

Gleich wie im Privatrecht kann ein Verzicht auch im öffentlichen Recht und damit im Sozialversicherungsrecht Mängel verschiedenster Art aufweisen. Das Gericht stellte diesbezüglich u. E. mit Recht fest, dass die Unterlassung der Anzeige gemäss Art. 7 aMVG immer dann ohne nachteilige Rechtswirkungen bleibe, wenn der Versicherte aus irgend welchen, von ihm nicht zu vertretenden Umständen, insbesondere aus rechtlichem oder tatsächlichem Irrtum, an der Anmeldung verhindert sei[9]. Es müsse aber gefordert werden, dass es sich gegebenenfalls um einen wesentlichen Irrtum handle. Demgegenüber ist der Irrtum im Motiv wie im Zivilrecht so auch im Sozialversicherungsrecht nach EVG irrelevant[10].

Hinsichtlich der Frage der fristgemässen und richtig adressierten Anmeldung ist die Krankheitsverfassung des Versicherten, die eine sofortige Anmeldung nicht möglich macht, ein genügender Exkulpationsgrund[11]. Es genügt sogar eine Mitteilung an bestimmte andere Organe der Heeressanität, obwohl laut Art. 7 aMVG die Anzeige grundsätzlich an die MV gerichtet werden muss[12].

Es kam auch schon vor, dass eine Anmeldung aus subjektiv nicht zu vertretenden Gründen unterblieben ist. Hierfür galt im alten Recht der Grundsatz, dass der Versicherte, der alles getan hat, was ihm oblag, um seine Krankheit zur Anzeige zu bringen, die Versicherungsleistungen trotzdem erhält, auch wenn die Anzeige ohne Verschulden des Arztes unterblieben ist[13].

Diese Grundsätze können z. T. auch ins neue MVG übernommen werden, wobei aber zu beachten ist, dass nach Art. 15 die Versicherungsleistungen vom Tage des ärztlich festgestellten Eintrittes der Gesundheitsschädigung oder der wirtschaftlichen Schädigung und nicht wie im aMVG, Art. 19, Abs. 1, erst von der Anmeldung an zu gewähren sind.

---

[9] Als Beispiele werden etwa angeführt: Keine Möglichkeit der Orientierung im Gesetz, im Dienstbüchlein über Art. 7 (aMVG) kein Auszug, falsche Orientierung durch die Aerzte; vgl. das schon zit. Urt. i. S. Felder vom 23. 3. 20, dann i. S. Grob Stutz v. 29. 12. 24, IS 736, und i. S. Bader v. 13. 12. 27, wo das EVG feststellte, wenn ein Versicherter im Vertrauen auf die Richtigkeit einer Auskunft seitens der MV weitere Schritte unterlasse, sei dies nicht als rechtlich relevanter Verzicht auf Dauerleistung überhaupt zu betrachten. Dass auf Dauerleistungen überhaupt nicht verzichtet werden kann, haben wir dargelegt. Vgl. auch Urt. i. S. Hofstettler v. 24. 10. 24, IS 589.

[10] Urt. i. S. Müller vom 4. 6. 18, E. r. Zeitschrift.

[11] Urt. i. S. Zimmermann vom 9. 12. 24, IS 710.

[12] Urt. i. S. Felder v. 23. 3. 20; Mammeli v. 11. 12. 23.

[13] Urt. i. S. Müller v. 4. 6. 18.

Nach Art. 18, lit. b, aMVG und demzufolge nach der Praxis des EVG[14] hatte der Versicherte ein Regressrecht gegen den Arzt, der die Anzeige schuldhaft unterliess. Diese Regelung widersprach Sinn und Geist der Militärversicherung, um so mehr, als im zitierten Fall der Versicherte alles getan hatte, um seinen Anspruch zur Anmeldung zu bringen.

Angesichts der dem MVR innewohnenden sozialen Zwecke einerseits und des im allgemeinen wirtschaftlichen Unvermögens der Versicherten anderseits ist es naheliegend, dass die MV einen solchen Fall selber zu übernehmen hat und sie als die wirtschaftlich stärkere Partei das Regressrecht gegen den schuldhaften Arzt besitzen soll. Auch bei schuldhafter Unterlassung der Anzeige durch den Arzt entsteht bei Eintritt eines Versicherungsfalles für den Versicherten das subjektive öffentliche Recht auf die entsprechenden Versicherungsleistungen.

Dieses Postulat ist nun durch die Aufstellung des Art. 10 verwirklicht worden. Darnach ist die MV primär zur Ausrichtung der gesetzlich geschuldeten Versicherungsleistungen verpflichtet, kann sich aber unter bestimmten Voraussetzungen gegen den schuldhaften Arzt wenden[15].

3. Widerspruchslose Entgegennahme von Versicherungsleistungen während längerer Zeit

Als eine andere Form der konkludenten Handlung, die als Verzicht ausgelegt werden kann, hat das Gericht die während längerer Zeit widerspruchslose Entgegennahme von Versicherungsleistungen des öftern anerkannt. Ein solcher Verzicht wird aber mit Recht stets an die Bedingung geknüpft, dass der Versicherte über die Berechnung der Versicherungsleistungen aufgeklärt war oder sich hätte aufklären lassen können[16]. Zudem erstreckt sich ein solcher Verzicht nur auf die zurückliegenden oder gegenwärtigen, nicht aber auf die zukünftigen Leistungen.

Im Falle des Vorliegens von tatsächlichem oder rechtlichem Irrtum erklärt das Gericht den Verzicht als unverbindlich[17]. Ein tatsächlicher

---

[14] Urt. i. S. Müller v. 4. 6. 18 und Grob-Stutz v. 29. 12. 24.

[15] Siehe Botschaft des BR v. 22. 9. 47, BBl 1947, III, S. 114.

[16] Urt. i. S. Keller vom 27. 6. 19, IS I/363; Urt. i. S. Fritschi vom 15. 10. 19, IS II/766; i. S. Haas und Fürholz v. 28. 10. 18, IS 518 und 509; i. S. Ellenberger v. 6. 6. 18, IS 267; i. S. Rieder v. 18. 3. 18, IS 87; i. S. Niederhäusern v. 18. 3. 18, IS 78.

[17] Urt. i. S. Fritschi v. 15. 10. 19; vgl. aber Urt. i. S. Romang v. 23. 2. 25, wo Rechtsirrtum von seiten der MV als irrelevant bezeichnet wird, wenn mit Rücksicht auf die zurückliegende Zeit die Aufrechterhaltung der Verfügung im Interesse der Rechtssicherheit liegt.

Irrtum läge beispielsweise vor, wenn der Versicherte über die Berechnung nicht genügend aufgeklärt worden wäre[18].

Diese Grundsätze besitzen auch unter der Herrschaft des neuen MVG ihre volle Gültigkeit.

4. Verzicht auf die Berufung

Ein Verzicht auf Versicherungsleistungen könnte auch dann in Frage stehen, wenn der Versicherte gegen eine ablehnende Verfügung der Versicherungsträger oder nur teilweise Gutheissung seines Begehrens keinen Rekurs oder Klage einreicht.

Das EVG hat die Gültigkeit eines solchen Verzichts an die Bedingung geknüpft, dass die betreffende Verfügung mit einer Rekursbelehrung versehen sein muss. Fehlte diese, so hätte die Berufungsfrist nach konstanter Praxis überhaupt nicht zu laufen begonnen[19]. Damit war indessen dem Versicherten nach Ansicht des EVG das Berufungsrecht gemäss aMVG nicht auf ewige Zeiten gewahrt. Im Fall Hubeli[20] wurde aus der Erwägung, der Versicherte habe während der Dauer von mehr als drei Jahren seit Zustellung der Verfügung weder die Berufung ergriffen noch irgendwelche Vorbehalte gemacht, Verzicht angenommen.

In einem anderen Fall hatte der Versicherte Kenntnis vom Rekursrecht, davon aber keinen Gebrauch gemacht. Hingegen befand er sich hinsichtlich der Berechnung des Krankengeldes in einem Irrtum. Das Gericht hat den von der MV ins Feld geführten Verzicht mit der Begründung verneint, dass eine Aufklärung über die Art und Weise der Krankengeldberechnung Voraussetzung für die Annahme eines Verzichts auf Berufung wäre[21].

Im Bestreben, inskünftig solchen Unzukömmlichkeiten vorzubeugen, hat nun das neue MVG das Erhebungs- und Rechtsmittelverfahren eingehend geregelt.

---

[18] Urt. i. S. Monbaron v. 17. 3. 18, IS 209; i. S. Blättler v. 10. 4. 18, IS 121 und i. S. Hirsig vom 2. 4. 18, IS 108.

[19] Urt. i. S. Hubeli vom 22. 12. 24, IS 726; i. S. Wüthrich v. 12. 11. 23, IS 678 und i. S. Baldinger vom 17. 12. 32, IS. 1017.

[20] Urt. i. S. Hubeli vom 22. 12. 24.

[21] Urt. i. S. Arnold vom 17. 5. 18, IS 194.

Gemäss Art. 12 hat die MV nach Abschluss des Erhebungsverfahrens, welches in Art. 11 des Gesetzes normiert und dem Gerichtsverfahren nachgebildet ist, dem Versicherten dessen Ergebnis in Form einer schriftlich begründeten Verfügung über Anerkennung oder Ablehnung der Leistungspflicht, sowie über Art und Mass der zugesprochenen Leistungen mitzuteilen und darin auf das Klagerecht, die einzuhaltende Frist, die Form und die zuständige Gerichtsinstanz aufmerksam zu machen.

Gemäss Art. 13, Ziff. 1 können die nicht weitergezogenen Verfügungen der MV Gegenstand einer Revision bilden, wenn der Versicherte oder die Versicherung entscheidende neue Tatsachen entdeckt oder entscheidende Beweismittel auffindet, deren Beibringung vor Erlass der angefochtenen Verfügung unmöglich war. Das Revisionsgesuch des Versicherten muss der MV bei Folgen der Verwirkung innerhalb neunzig Tagen von der Entdeckung des Revisionsgrundes an gerechnet, unter Angabe der Begehren, Gründe und Beweismittel gemäss Art. 13, Ziff. 2 eingereicht werden. Nach Ablauf von fünf Jahren ist die Revision einer Verfügung der MV nicht mehr zulässig gemäss Art. 13, Ziff. 4.

Sofern also Verfügungen der MV nicht weitergezogen wurden und auch nicht Gegenstand einer Revision bildeten, können sie bei Vorliegen neuer Tatsachen innerhalb der Maximalfrist von fünf Jahren in Wiedererwägung gezogen werden. Andernfalls gelten die erwähnten Verwirkungsfristen.

Aus dieser gesetzlichen Ordnung und den allgemeinen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gültigen Rechtsgrundsätzen [22] ist zu schliessen, dass Entscheide der ersten Gerichsinstanz, welche nicht innert gesetzlicher Frist von dreissig Tagen an das EVG weitergezogen werden, in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen [23]. Nach deren Eintritt wäre also nur das Mittel der Revision gemäss Art. 56, Ziff. 1, lit. h, noch zulässig.

Ein subjektives öffentliches Recht geht also kraft dieser gesetzlichen Verwirkungsvorschriften unter und nicht kraft eines allenfalls ausgesprochenen Verzichtswillens. Demgegenüber könnten einzelne Versichertenansprüche sehr wohl durch Verzicht auf die gebotenen Rechtsmittel, wie z. B. die Berufung, aufgegeben werden.

---

[22] Vgl. hierzu u. a. Fleiner, Institutionen, S. 271 u. ff.

[23] Diese Folgerungen gelten auch für das KUVG gemäss Art. V. V. II, Art. 9 und AHVG, Art. 85/86, bzw. Art. 6 der VO über die Organisation und das Verfahren des EVG in Alters- und Hinterlassenenversicherungssachen vom 18. 12. 1947.

5. Verzicht durch Vergleich

Eine reiche Judikatur findet sich über die Frage, ob Ansprüche gegen die MV vergleichsweise erledigt werden können[24]. Beim Vergleich verzichtet der Versicherte gewöhnlich auf weitere Leistungen der MV gegen Bezahlung einer bestimmten Auskaufssumme. An die Stelle der ursprünglichen Forderung tritt demnach eine neue auf Ausrichtung der vergleichsweise festgesetzten Summe.

Damit berühren wir ein Problem, das mit demjenigen der Verzichtbarkeit von subjektiven öffentlichen Rechten nur in einem losen Zusammenhang steht. Der Vergleich setzt naturgemäss einen Vertrag, d. h. ein zweiseitiges, empfangs- und annahmebedürftiges Rechtsgeschäft voraus, während der Verzicht eine einseitige, empfangs- aber nicht annahmebedürftige Willenserklärung auf Aufgabe eines Rechts ist. Der Vergleich ist zudem im MVG und KUVG gesetzlich in den Art. 42 Abs. 2 und 3 aMVG, bzw. heute in Art. 37, Ziff. 2 MVG, und Art. 95 Abs. 2 und 3 KUVG geregelt.

Aus der Erwägung, dass sowohl die MV als auch die Versicherten gleichermassen dem Gesetz unterstehen und ein Versicherter beim Abschluss eines Vergleiches stets auf gewisse Rechte auf zukünftige Leistungen verzichtet, sei doch soviel bemerkt, dass der Parteiwillkür u. E. bestimmte Grenzen gesetzt sind. Der soziale Zweck muss nach wie vor als Hauptziel im Vordergrund stehen. Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass der Versicherte mittels eines Vergleiches nicht etwa auf den Versichertenstatus als solchen verzichten könnte. Dagegen können subjektive öffentliche Rechte — auch soweit sie sich auf Invalidenrente oder Invalidenpension beziehen[25] — Gegenstand eines Vergleiches sein. Immerhin fordert das Gesetz und auch die Praxis[26], dass zwischen den berechtigten Ansprüchen und der erhaltenen Vergleichssumme kein Missverhältnis bestehe. Nach dem neuen MVG sind zudem Verträge über einen Auskauf im Falle nachträglich erheblicher Zunahme der Invalidität revi-

---

[24] Vgl. u. a. Urt. i. S. Albisser v. 8. 7. 25 in Revue suisse 1926; i. S. James vom 20. 6. 18 in Revue suisse 1918 und Manser v. 5. 5. 43, AS 1943, S. 36.

[25] Nicht aber z. B. auf Hinterlassenenpension; vgl. hierzu Urt. i. S. Gygax vom 23. 9. 26 in Revue suisse, 1927, S. 228; vgl. weiter Urt. i. S. Künzle v. 14. 5. 1928, AS 1928, S. 65 u. ff und Urt. i. S. Krähenbühl v. 10. 4. 29, AS 1929, S. 65 u. ff.

[26] So z. B. Urt. i. S. Röthlisberger v. 7. 3. 27, AS 1927 S. 41 u. ff.; Urt. i. S. Ditel v. 4. 5. 25 in Revue suisse 1925.

dierbar gemäss Art. 37, Ziff. 3. Im übrigen gelten die üblichen obligationenrechtlichen Anfechtungsgründe für die Aufhebung eines Vergleiches.

II. GEGENSTAND DES VERZICHTS

1. Der Verzicht auf unbestimmte zukünftige Leistungen

Bei Vorliegen des Versichertenstatus und Eintritt des Versicherungsfalles erwirbt der Versicherte ein subjektives öffentliches Recht auf Leistungen der Versicherung. Dieses Recht kann eine unbegrenzte Zahl von einzelnen Ansprüchen auf Teilleistungen hervorbringen. Es ist daher noch nicht konkret, aktuell und auch noch nicht wert- und geldmässig erfassbar wie der einzelne Anspruch. Dieses subjektive öffentliche Recht ist auf Grund positiver Gesetzbestimmungen ohne Mitwirken des Berechtigten entstanden. Wir haben gesehen, dass auf ein solches Recht nicht verzichtet werden kann, es wäre denn, der Gesetzgeber hätte dies ausdrücklich zugelassen. Dies ist aber zum Unterschied vom Vergleich in keinem der drei Sozialversicherungsgesetze vorgesehen.

Einen Verzicht auf das subjektive öffentliche Recht würde es nun bedeuten, wenn ein Versicherter auf die zukünftigen Leistungen der MV verzichten wollte. Das hat auch das EVG jeweils abgelehnt. Es begründete seine Stellungnahme wie folgt:

> «Al riguardo devesi tuttavia tener presente che, secondo la dottrina in materia, la rinuncia generica e preventiva ad un diritto subiettivo di carattere publico, come ad una pensione, a prestationi dell'assecurazione sociale per malattia ed infortuni o simili rimane inoperante. Nè si puo validamente rinunciare per il futuro all' azione derivante da un tale diritto. (Jellinek, Fleiner). Giusta i principii generali del diritto una rinuncia può essere valida solo se il rinunciante, effettuandola, sia stato in grado di rendersi conto della portata di essa.» [27]

Zum letzten Satz wäre nur zu bemerken, dass u. E. ein Verzicht auf ein subjektives öffentliches Recht schlechthin inoperant ist, also auch dann, wenn sich der Verzichtende der Tragweite seines Entschlusses bewusst wäre.

---

[27] Urt. i. S. Porta vom 27. 12. 1938, IS 679.

In einem anderen Fall[28] hatte der Versicherte u. a. folgende Erklärung gegenüber einem Inspektor der MV unterzeichnet:

> «Je déclare expressément renoncer, par la présente, aux prestations de l'Assurance militaire fédérale, soit pour infirmité temporaire, soit pour infirmité permanente, résultant de mon affection actuelle .... Je ... prend, en outre, connaissance que cette déclaration de renonciation aux prestations d'Assurance, faite librement, s'applique également aux survivants en cas de survenance du décès. Les survivants ne pourront en conséquence prétendre à aucune rente.»

Einen guten Monat nach Abgabe dieser Erklärung widerrief der Versicherte dieselbe und meldete seinen Anspruch bei der MV an.

Aus den Erwägungen des Gerichts sind folgende Sätze erwähnenswert: Die Rechte, die einem Militärversicherten auf Grund des MVG zustehen, sind subjektive Rechte des öffentlichen Rechts. Das Gesetz bestimmt nicht, ob solche Rechte gegen die MV verzichtbar sind oder nicht. Unter Berufung auf G. Jellinek geht dann der Gerichtshof davon aus, dass Rechte, die von Gesetzes wegen entstanden seien, nicht verzichtbar seien.

> «En revanche, rien ne s'oppose, en principe, à ce que l'intéressé abandonne une prétention présente et exigible, en s'abstenant d'exercer le droit. Cette dernière faculté inclut la possibilité de renoncer expressément à une telle prétention. La renonciation est alors la déclaration de ne pas exercer le droit, non pas l'abandon du droit lui-même.»

Als Folge dieser mit unserer Stellungnahme übereinstimmenden Ansicht fällte das EVG den Entscheid, dass für die zurückliegende Zeit bis zum Widerruf der eingangs z. T. wiedergegebenen Erklärung Verzicht anzunehmen sei, und statuierte für die Zukunft die Leistungspflicht de MV[29].

Zum gleichen Schluss gelangte das Gericht im Fall Vögtli[30].

---

[28] Urt. i. S. Moor vom 3. 8. 1945, AS 1945, S. 131 u. ff.

[29] Das EVG lehnte — wenn auch mit z. T. anderer Begründung — einen Verzicht auf das Recht der Hinterlassenen ab, wenn derselbe nur vom Versicherten ausgesprochen wurde, vgl. Urt. i. S. Gygax v. 23. 9. 26 und i. S. Aeschbach v. 4. 12. 36, JZ. 33, S. 280. Da die Hinterlassenen ein eigenes Recht von Gesetzes wegen erwerben, könnte ein nur vom Versicherten ausgesprochener Verzicht vom Gericht nicht anerkannt werden. U. E. könnten aber auch die Hinterlassenen selbst auf das Recht als solches nicht verzichten.

[30] Urt. i. S. Vögtli vom 8. 11. 46; dieser Stellungnahme widersprechen z. T. folgende Urteile: i. S. Senn v. 22. 7. 21, IS, S. 600 (Verzicht auf Pensionsleistungen nur wegen mangelnder Sicherheit über Vorliegen des Verzichtwillens nicht bejaht); ferner i. S. Schmitz v. 13. 6. 26, IS. 97.

2. Der Verzicht auf gegenwärtige Leistungen

Die Beantwortung dieser Frage bietet keine besonderen Schwierigkeiten, da es sich bei den gegenwärtigen Leistungen der Versicherung stets um Ansprüche handelt, die grundsätzlich verzichtbar sind.

Die Stellungnahme des Gerichts zu dieser Frage zeigte sich bereits in dem schon zitierten Fall Moor. Wir begnügen uns deshalb, auf weitere Urteile, die dieses Problem beschlagen, hinzuweisen[31]. Zu berücksichtigen sind endlich auch die meisten Urteile, die wir sub. Ziff. I, 1—5, aufgeführt haben.

Spezieller Erwähnung bedarf nur noch folgender Fall: Der Kläger hatte der MV mitgeteilt, er werde für seine teilweise Arbeitsunfähigkeit eine Entschädigung verlangen, sofern er den Militärpflichtersatz bezahlen müsse, verzichte aber für den Fall der Steuerbefreiung (die ihm dann tatsächlich auch gewährt wurde) in rechtsverbindlicher Weise zum mindesten für solange auf Leistungen der MV, als nicht in seinen gesundheitlichen oder ökonomischen Verhältnissen eine erhebliche Verschlechterung eintreten würde.

Da sich aus den Akten eine derartige Verschlechterung nicht ergab, nahm das Gericht einen rechtsgültigen Verzicht an[32].

Dieser Verzicht ist u. E. ohne weiteres verbindlich, soweit er sich auf die fälligen, also gegenwärtigen — wie natürlich auch für die zurückliegenden — Leistungen erstreckt. Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht in Verbindung mit einer Resolutivbedingung per definitionem nicht möglich ist. Wenn daher von Dach für solange auf Leistungen der MV verzichtet, als nicht eine erhebliche Verschlechterung in seinen Verhältnissen eintritt, so kann er damit unmöglich das subjektive öffentliche Recht selber gemeint haben, denn, wenn er darauf rechtsgültig hätte verzichten können — was nicht möglich ist —, könnte das Recht später auch nicht wieder aufleben. Der Verzicht auf zukünftige Leistungen muss daher aus diesen Gründen als unverbindlich betrachtet werden.

---

[31] Urt. i. S. Raths v. 6. 9. 32, IS S. 649, i. S. Lanzendörfer vom 4. 9. 41.

[32] Urt. i. S. von Dach v. 15. 12. 1927, IS, S. 712.

3. Der Verzicht auf zurückliegende Leistungen

Aus denselben Erwägungen, die zur Bejahung der Verzichtsmöglichkeit auf gegenwärtige Leistungen der Versicherung geführt haben, muss eine solche auf zurückliegende Leistungen zugelassen werden. Wir können daher auf die schon früher zitierten Urteile verweisen[33], welche alle diese Verzichtsmöglichkeit grundsätzlich bejahen[34].

Zusammenfassend können wir als Ergebnis festhalten, dass die Gerichtspraxis in der Hauptsache mit den vorstehend entwickelten Grundsätzen übereinstimmt, wenn auch da und dort Unsicherheit und Abweichungen festgestellt werden konnten. Mögen daher unsere Untersuchungen etwas weniges zur Ergänzung, Klärung und Untermauerung der in der Praxis zum grossen Teil bereits herausgearbeiteten Grundsätze beitragen.

---

[33] Vgl. auch Urt. i. S. Wüthrich v. 12. 11. 23, IS 678; i. S. Zimmermann v. 9. 12. 24, IS, S. 710; i. S. Baldinger v. 17. 12. 32, IS, 1017; i. S. Bremgartner v. 10. 2. 33, IS 131 und i. S. Lüthy v. 22. 6. 26, IS, 247, wo Verzicht auf die Geltendmachung eines höheren Spitalersatzes hinsichtlich einer früheren Zeitperiode wegen Stillschweigens angenommen wurde.

[34] Weitere Urteile zitiert Oberholzer, auf den verwiesen sei.